جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة النهرين- كلية الحقوق

العدول في احكام القضاء الدستوري في العراق
(دراسة مقارنة)

اطروحة
تقدمت بها الطالبة

هديل محمد حسن المياحي

الى مجلس كلية الحقوق / جامعة النهرين
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه
في القانون العام

بإشراف
الاستاذ المساعد الدكتور

حنان محمد مطلك القيسي

١٤٣٦ هـ ٢٠١٥ م

أ ب پ

(ۆ ۆ ۇ ۋ ۋ ۅ ۅ ۉ ۉ ې ې ۈ ۈ □ □ □

□ □□ □ □ □ □ □)

صدق الله العظيم
سورة النساء/ آية
٥٨

الاهداء

الى ...

آل البيت الاطهار، آل بيت النبوة وموضع الرسالة ومهبط الوحي

سند الحياة وظلها وعزها.. حب الحياة وعطاؤها واملها.. زوجي الحبيب (احمد)

نبع الحياة ونبضها وامنها.. دفء الحياة وعطفها وحنانها.. والدي الحبيبين

اخوتي (هبه وعلي وهيلين)

فرح الحياة ونورها ... ابنتي روان

شكر وتقدير

الحمد لله الذي اذهلني عن اقامة شكره تتابع طوله، واعجزني عن احصاء ثناءه فيض فضله، وشغلني عن ذكر محامده ترادف عوائده، واعياني عن نشر عوارفه توالي اياديه.

اتوجه بالشكر والامتنان الى استاذتي الدكتورة حنان محمد مطلك القيسي لما لها من عظيم الاثر وكبير الفضل في اتمام هذه الاطروحة، فلها مني كل الحب والاحترام، واسأل الله ان يمن عليها بالصحة والعافية خدمة للمسيرة العلمية.

كما اتوجه بالشكر والتقدير للقاضي جعفر ناصر عضو المحكمة الاتحادية العليا لسعة صدره وتقبله لكثرة اسئلتي واستفساراتي.

كما اتوجه بالشكر والتقدير للدكتور حسين جبر الشويلي (معاون عميد كلية القانون/ جامعة العراقية) لمساعدته لي ورفدي بالمصادر العربية والاجنبية، فله مني كل التقدير والاحترام.

كما اتوجه بالشكر للدكتور علي هادي عطية الهلالي (عميد كلية الحقوق/ جامعة النهرين) لتوجيهاته العلمية القيمة، كما اشكر الاخوة والاخوات في مكتبة كلية الحقوق جامعة النهرين.

الباحث

Republic of Iraq
Ministry of Higher education and Scientific Research
Al-Nahrain University
College of Rights

The overruling in the decisions of Constitutional jurisdiction in Iraq (A Comparative Study)

A thesis Submitted by

Hadeel Mohammed Hasan Al-Mayyahi

To the Council of College of rights– Al-Nahrain University in partial fulfillment for the requirements of Ph.D. degree in Public law

Supervised by
Assistant Professor

Dr. Hanan Mohammed Mutlag Al-Qaisy

2015 A.C. **1436 A.H.**

Abstract

The Supreme Federal Court in Iraq and constitutional Courts in general issue provisions and the latter obtains enough obligatory persuasiveness. Thus, it cannot be refuted or overruled and the same lawsuit cannot be raised again be the same litigant Parties. Therefore, the constitutional decision has the obligatory persuasiveness due to the link to constitutional issues in addition to being in one degree.

Since the Constitutional decision is the product of humans, then it is subjected to error and deficiency. We cannot deny the possibility that the constitutional court could deviate from its previously issued decisions. In addition to the pervious reasons, the constitutional courts cannot comprehend all the infinite cases and multiple circumstances. The constitutional decision cannot be applied on all cases even though the subject is one. The change in time and circumstances make the pervious judgment acquire overruling. What is just in one time is not necessarily just in another time.

Overruling defined as the clear and explicit voluntary transformation of a judicial judgment to another one in the same subject of pleading but different litigants parties. The judicial overruling might be realistic (occurs due to the conviction of the constitutional judge) or legal (occurs due to a constitutional amendment). Also, it might be negative (effecting the lives and freedoms of the individuals and the people negatively) and

positive (effecting their lives and freedoms positively), explicit overruling (in which the judge stipulates his new judgment from the old one) and implicit (a overruling that denies the previous judgment), a sudden overruling (without the passage on enough long time or hinting at overruling from the previous judgment, and gradual (it happens gradually) and limited and limitless.

There is something that hinders the overruling which is the general principles of constitution.

فصل تمهيدي
مفهوم الحكم القضائي الدستوري

ان العدول يقع على الحكم القضائي الدستوري اذ يعد الاخير اداة القضاء الدستوري لحماية الدستور والحقوق والحريات الاساسية للأفراد من جهة ومبدأ سيادة القانون من جهة اخرى.

وكذلك ان الحكم القضائي الدستوري وما يترتب عليه من صيانة احكام الدستور من الانتهاك من المواضيع المهمة لارتباطه بموضوع الدولة القانونية، اي خضوع جميع السلطات العامة فيها للقانون عموما والدستور بشكل خاص كونه القانون الاسمى، وهذا الاخير سيكون بلا معنى لو كان بمقدور السلطات العامة انتهاكه، لذلك احتوت الدساتير على وجود هيئة رقابية تتمتع احكامها بصفة العلوية تتولى النظر في مدى ملائمة القوانين للدستور بصفته القانون الاعلى فضلا عن تفسير القواعد الدستورية وصلاحيات اخرى تتفاوت ضيقا واتساعا بين التجارب الدولية المختلفة.

لما تقدم فإننا سنتطرق الى مفهوم الحكم القضائي الدستوري للتعرف عليه من الناحيتين اللغوية والاصطلاحية التي ستكفل لنا معرفة عناصره الرئيسية الداخلة في التعريف، وتمييزه مما سواه وبيان حجيته ومن ثم بيان الجهة المختصة بإصداره وعلى وفق التقسيم الاتي:

المبحث الاول: التعريف بالحكم القضائي الدستوري.

المبحث الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري.

المبحث الاول

التعريف بالحكم القضائي الدستوري

ان ابـداء الـرأي فـي المسـائل الدسـتورية مـن المواضـيع المهمـة بسـبب مساسـه بالدسـتور والموضـوعات الدسـتورية التـي تتضـمن وتحمـي الحقـوق والحريـات الاساسـية وكونـه (القضـاء الدسـتوري) الجهـة التـي تراقـب دسـتورية القـوانين فضـلا عـن كونـه علـى درجـة واحـدة اي غيـر قابـل للطعـن بـه ،لـذلك يحتـل أهميـة كبيـرة سـواء أكـان علـى الصـعيد النظري (الفقهي) ام العملي (التطبيقي).

وللتعريـف بـالحكم القضـائي الدسـتوري سـواء أكـان مـن الناحيـة اللغويـة ام الاصـطلاحية أهميـة كبيـرة لإزالـة اي لـبس او غمـوض وبيـان عناصـره الاساسـية الداخلـة فـي تعريفـه الاصـطلاحي ليمسـي واضـحا لا لـبس فيـه لـذلك سـنتناول التعريـف اللغـوي لهـذا الحكـم والتعريـف الاصـطلاحي وبيـان حجيتـه وكـذلك تمييـزه عـن الحكـم القضـائي الاداري ،ولهذا سيقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع وكالاتي:

المطلب الاول: التعريف بالحكم القضائي الدستوري (لغة واصطلاحا).

المطلب الثاني: حجية الحكم القضائي الدستوري.

المطلب الثالث: تمييز الحكم القضائي الدستوري عن الحكم القضائي الاداري.

المطلب الاول
التعريف بالحكم القضائي الدستوري (لغة واصطلاحا)

للوقـوف علـى معنـى الحكـم القضـائي الدسـتوري لابـد لنـا مـن معرفـة اراء فقهـاء اللغـة والقـانون للإلمـام بـذلك المعنـى بصـورة دقيقـة ، لـذا سـوف نحـاول بيـان كـل مـن المعنيين اللغوي والاصطلاحي للحكم القضائي الدستوري وعلى وفق ما سيأتي:

الفرع الأول
التعريف اللغوي للحكم القضائي الدستوري

لا بد من الاقرار ابتداءً انه لا يمكن الوقوف على المعنى اللغوي لمصطلح الحكم القضائي الدستوري بالكامل، لذا تعين علينا البحث في معاني كل كلمة على حدة وصولا الى بيان المعنى اللغوي للمصطلح ككل.

تناولت معاجم اللغة العربية المصطلحات الاتية بالإيضاح وبيان المعنى اللغوي وسنتناول التفصيل اللغوي لـ(الحكم القضائي الدستوري)

فالحكم مصدر للفعل حكم يحكم حكما وجمعه أحكام[١] ومعناه بحسب رأي احد الفقهاء[٢] انه القضاء بالعدل او تولي ادارة شؤون البلاد وسياسة شعبها او الحكمة او العلم.

ورد في معجم الصحاح[٣] انه حكم بينهما اي قضى وحكم له او عليه وهو الحكمة من العلم والحكيم العالم وصاحب الحكمة والحكيم

وورد في معجم المنجد[٤] انه مصدر جمعه احكام اي القضاء مثاله: تحاكموا الى الحاكم تخاصموا اليه.

وقيل[٥] انه العلم والفقه والقضاء بالعدل.

ووردت كلمة الحكم في آيات متعددة في القران الكريم نذكر منها:

"وان احكم بينهم بما انزل الله ولا تتبع اهواءهم واحذرهم"[٦]

"ان الله يأمركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واذا حكمتم بين الناس ان تحكموا بالعدل"[٧]

---

(١) اسماعيل بن حماد الجواهري، معجم الصحاح، اعتنى به خليل مأمون شيحا، بيروت: دار المعرفة، ط ٢، ٢٠٠٧، ص ٢٥٢. ابن منظور، لسان العرب، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٣، ٥٤٠/٢.

(٢) جبران مسعود، الرائد (معجم لغوي عصري)، بيروت: دار العلم للملايين، ط٨ ،١٩٩٦ ، ص ٣١٢.

(٣) اسماعيل بن حماد الجواهري، مصدر سابق ، ص ٢٥٢.

(٤) مجموعة من المختصين، المنجد في اللغة والاعلام ، بيروت: دار المشرق ، ط ٤١ ، ٢٠٠٥ ، ص ١٤٦.

(٥) ابن منظور، لسان العرب، مصدر سابق ، ٥٤٠/٢.

(٦) سورة المائدة (٤٩)

(٧) سورة النساء (٥٨)

" انا انزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون"[١]

"ومن لم يحكم بما انزل الله فأولئك هم الظالمون"[٢]

"افحكم الجاهلية يبغون ومن احسن من الله حكما لقوم يوقنون"[٣]

اما القضاء فمصدر للفعل قضى يقضي قضاء او قضيا[٤]

ومعناه القضايا الأحكام و واحدتها قضية واصل القضاء هو القطع والفصل[٥]

والفصل[٥]

وقيل ان القضاء بين الخصمين هو الحكم والفصل وقضى الامر له أي حكم له به قضى الامر عليه أي حكم عليه به والزمه به وقضى الشيء بينه واعلمه وقضى الله أي امر الله[٦]

ويقال ايضا: استقضى السلطان فلانا أي صيره قاضي... والقاضي القاطع للأمور المحكمة لها، ومن يقضي بين الناس بحكم الشرع ومن تعينه الدولة للنظر في الخصومات والدعاوى واصدار الاحكام التي يراها طبقا للقانون ومقره الرسمي احدى دور القضاء.[٧]

ووردت لفظة القضاء في القران الكريم في العديد من الآيات منها:

" ان ربك يقضي بينهم " [٨]

"وقضى ربك الا تعبدوا الا اياه " [١]

---

(١) سورة المائدة (٤٤)

(٢) سورة المائدة (٤٥)

(٣) سورة المائدة (٥٠)

(٤) جبران مسعود، مصدر سابق، ص ٦٣٦. لوئيس معلوف، المنجد في اللغة، مطبعة الغدير، ط ٣٧، ١٤٢٣هـ، ص ١٤٦.

(٥) ابن منظور، مصدر سابق ، ٤٠٥/٧.

(٦) جبران مسعود، مصدر سابق ، ص ٦٣٦.

(٧) ابراهيم مصطفى واحمد حسن الزيات وحامد عبد القادر ومحمد علي النجار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ٧٤٣/١

(٨) يونس /٩٣

" قضى بينهم بالقسط "[٢]

"ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت " [٣]

اما الدستور وجمعها دساتير فمعناها القاعدة التي يعمل بها او القانون الاساسي لامة من الامم يتضمن طائفة القوانين القضائية والسياسية التي توجه العلاقات بين الرعية والراعي او الدفتر الذي تكتب فيه اسماء الجند وارزاقهم او الدفتر الذي تجمع فيه قوانين الملك او الاجازة او الوزير[٤].

ومن ثم يمكن القول ان المعنى اللغوي لمصطلح (الحكم القضائي الدستوري) هو الفصل في المنازعات المرفوعة امام القضاء الدستوري.

الفرع الثاني
التعريف الاصطلاحي للحكم القضائي الدستوري

اما من الناحية الاصطلاحية فيمكن تعريف الحكم بأنه النتيجة الفاصلة في الخصومة المعروضة امام المحكمة والذي يصدر وفقاً للمقتضيات والاصول القانونية

(١) الاسراء /٢٣

(٢) يونس /٤٧

(٣) النساء /٦٥

(٤) جبران مسعود ، مصدر سابق ، ص ٣٥٩. لوئيس معلوف ، مصدر سابق ، ص ٢١٥.

المقررة ويغل يدها عن نظره مرة اخرى [١]. او هو ابداء رأي المحكمة في موضوع الدعوى بشكل حاسم فيها [٢]

والقضاء الدستوري يحتمل معنيين اما عضوي شكلي او موضوعي، فمن الناحية العضوية او الشكلية فهو القضاء الدستوري المتخصص المتمثل بالمحكمة او المحاكم التي اعطاها الدستور صلاحية نظر الدعاوى الدستورية. اما من الناحية الموضوعية فهو الفصل في المسائل الدستورية كالمسائل التي تثير فكرة تطابق التشريع مع الدستور وهنا ينصرف الاصطلاح الى القضاء في هذه المسائل سواء اصدر من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة اخرى طالما ان الحكم صدر بمسألة دستورية[٣] فالقضاء الدستوري (من الناحية الشكلية) يقتضي وجود قضاء متخصص اي محاكم دستورية اما من الناحية الموضوعية فهو يهتم بالمسائل الدستورية التي يتم الفصل فيها من قبل اي محكمة سواء أكانت دستورية ام عادية.

على ما تقدم يعرف احد الفقهاء (الحكم القضائي الدستوري) بانه اعلان لفكرة القاضي الدستوري تجاه ما يعرض عليه من مسائل، وهو حكم قطعي بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها فيما فصلت فيه[٤]. فالحكم الصادر في الدعوى الدستورية هو حكم قضائي صادر في دعوى قضائية ويخضع لنظرية الاحكام في قانون المرافعات المدنية

(١) احمد المومني، الحكم، عمان: جمعية عمال المطابع التعاونية، ط ١ ،١٩٩٠ ، ص١٥. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية، القاهرة: العاتك لصناعة الكتب، ط ٢ ، ٢٠٠٩ ،ص ٣٤٦.

(٢) جمال محمد مصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، بغداد: مطبعة الزمان،٢٠٠٤،ص ١٤٦. وقد فرق بين الحكم والقرار فالحكم هو القرار الذي يفصل في موضوع الدعوى فصلا كليا، اما اذا كان الفصل في الموضوع غير كلي او كان فصلا في واقعة جزئية من وقائعها فهو قرار. ينظر المصدر نفسه ، ص ١٤١.

(٣) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات ، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٧.

(٤) علي عيسى اليعقوبي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق تكوينها وطبيعة الرقابة التي تمارسها، مجلة التشريع والقضاء، السنة ٤،العدد٤ ،٢٠١٢،ص ١١٨.

والتجارية كأي حكم قضائي اخر بما لا يتعارض وطبيعة الدعوى الدستورية[1]، والاخيرة تنتمي الى طائفة القضاء العيني اذ توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية او النظم توصلا الى الحكم اما بدستوريتها او عدم دستوريتها وبرائتها من جميع اوجه البطلان[2].

والاحكام التي تصدرها المحاكم الدستورية متعددة ، ففي العراق مثلا، المحكمة الاتحادية العليا اما ان تصدر احكامها بعدها محكمة اول واخر درجة كالأحكام التي تصدرها عند الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة المادة ٩٣ من دستور ٢٠٠٥ العراقي النافذ.

او تصدر احكاما بصفتها محكمة تمييز (بالنسبة للقضاء الاداري سابقا)، اذ كانت تختص بالفصل في تمييز الاحكام الصادرة من المحاكم الادارية وغيرها.

وتصدر احكاما دستورية بصفتها محكمة دستورية متخصصة، واحكامها الدستورية تكون اما الرقابة على دستورية القوانين والانظمة او احكاما تفسيرية ، والاحكام الدستورية هو ما يدخل في اطار بحثنا.

المطلب الثاني
حجية الحكم القضائي الدستوري

(١) محمود احمد زكي، الحكم في الدعوى الدستورية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط٢، ٢٠٠٤/ ٢٠٠٥، ص١٢

(٢) د. محمد ماهر ابو العينين، الموسوعة الدستورية، الكتاب الثاني، اجراءات الدعوى الدستورية، ١٩٩٧، ص ١٩٧.

تعد حجية الامر المقضي[١] وسيلة فنية ابتكرها المشرع لوضع حد للمنازعات ولمنع رفع دعوى جديدة بين ذات الخصوم ولذات السبب وبشأن ذات الحقوق والمراكز القانونية التي كانت محلاً لدعوى سابقة، واذا رفعت دعوى لذات الخصوم وذات الحقوق فيحكم بعدم جواز نظرها لسبق الفصل فيها وكذلك يلزم القضاء بضرورة احترام ما سبق وقضي به و إعمال مضمونه في الدعاوى الجديدة وذلك لمنع تعارض الاحكام[٢].

فحجية الامر المقضي به تمنع الفصل في الدعوى التي سبق وفصل فيها وحازت على حجية الامر المقضي به، ووجوب احترام ما قضى به لان ذلك يعد عنوان الحقيقة القضائية [٣].

وحجية الاحكام نوعان[١].

---

(١) يرى بعض الفقه ان الفقه والقضاء يخلط بين حجية الامر المقضي وقوة الامر المقضي، فحجية الامر المقضي تعني ان للحكم حجية فيما بين الخصوم بالنسبة الى ذات الحق محلاً وسبباً وهذه الحجية تثبت للحكم القطعي سواء أكان نهائياً ام ابتدائياً. اما قوة الامر المقضي هي مرتبة يصل اليها الحكم اذا اصبح نهائياً غير قابل للطعن عليه لا بالمعارضة ولا بالاستئناف – اي غير قابل للطعن به بطرق الطعن العادية. فكل حكم يحوز قوة الامر المقضي يكون حتماً حائزاً لحجية الامر المقضي والعكس غير صحيح. ينظر : عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط١، ٢٠١١، ص ٢٨. د. حسن حنتوش رشيد وعلي شمران حميد ، التسبيب في الاعمال القضائية (الماهية والوظائف) مجلة رسالة الحقوق ، السنة الخامسة ، العدد الثاني ، ٢٠١٣ ، ص١٨١ .

(٢) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، قضاء الدستورية في مصر (القضاء الدستوري)، ٢٠٠٢، ص ٣٤٢. د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٤٠ اما عن حكمة تشريع الحجية والغاية منها فهي:-

١. وضع حد للمنازعات ومنع تأبيد الخصومات وذلك لتحقيق الاستقرار للمراكز القانونية.

٢. عدم التضارب والتناقض بين الاحكام وذلك لـ:-

أ- ضرورة الحفاظ على هيبة القضاء.

ب- احكام القضاء تعد تعبير عن ارادة المشرع وتطبيق للقوانين

(٣) محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٤٣. د. علي هادي عطية الهلالي و د. ميثم حنظل وعلا رحيم، حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا على المحكمة نفسها في ضوء احكام الدستور والقضاء والفقه، مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد السابع، المجلد الاول،٢٠١٣،ص١٠و١١ .

الاولـــى: حجيـة نسـبية قاصـرة علـى اطـراف النـزاع اذا اتحـد النـزاع بالخصـوم والسـبب والمحل (ذات الحق).

الثانيـة: حجيـة مطلقـة ملزمـة للكافـة واثارهـا تسـري علـى الكافـة فـي ايـة دعـوى ولـو اختلفـت موضوعاً وسبباً عن الدعوى التي صدر الحكم بشأنها.

يتمتـع الحكـم القضـائي الدسـتوري بالحجيـة المطلقـة لا النسـبية اي انـه يحـل النـزاع مرة واحدة ونهائية ولا يسمح بإثارة هذا الموضوع مرة ثانية[٢].

فالحجيـة المطلقـة لا يقتصـر اثرهـا علـى الخصـوم فـي الـدعاوى التـي صـدرت فيهـا وانمـا ينصـرف اثرهـا الـى الكافـة وتلتـزم بـه جميـع جهـات القضـاء وجميـع سـلطات الدولـة[٣].

---

(١) د. محمـد صـلاح عبـد البـديع، مصـدر سـابق، ص ٣٤٢. د. عـز الـدين الدناصـوري وعبـد الحميـد الشواربي الدعوى الدستورية، الاسكندرية: منشأة المعارف،٢٠٠١،ص ١٢١.

(٢) د. محمـد صـلاح عبـد البـديع، مصـدر سـابق، ص ٣٤٥. ومـع ذلـك فـي مصـر فـأن نهائيـة احكـام المحكمـة وعـدم قابليتهـا للطعـن لا تمنـع مـن المطالبـة بـبطلان احكـام المحكمـة بسـبب مخاصـمة اعضـاء المحكمـة وعـدم صـلاحيتهم (ينظـر حكـم المحكمـة الدسـتورية العليـا الصـادر فـي ٧ ابريـل ١٩٨٣ منازعـة. تنفيـذ المجموعـة،ج٣،ص ٣٩٥) كمـا أنـه يمكـن الرجـوع الـى المحكمـة الدسـتورية العليـا فـي مصـر لتصـحيح الاخطـاء الماديـة او تفسـير مـا وقـع فـي منطـوق الحكـم مـن غمـوض او ابهـام او الفصـل فـي الطلبـات الموضـوعية التـي اغفـل الفصـل فيهـا، ينظـر: عـز الـدين الدناصـوري وعبـد الحميـد الشـواربي، مصـدر سـابق، ص ١٢١. د. حميـد ابـراهيم الحمـادي، الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين فـي دولـة الامـارات العربيـة المتحـدة، المركـز القـومي للاصـدارات القانونيـة، ط١، ٢٠١١، ص ٢١٠. و د. محمـد عبـد الحميـد ابـو زيـد، القضـاء الدستوري شرعاً ووضعاً، القاهرة: دار النهضة العربية، ص ٤٥٦.

(٣) احكام المحكمة الدستورية العليا الصادرة في:- ١٥ ابريل ١٩٨٩ المجموعة ج ٤، ص ١٨٣. وحكمها في ٧ مـايو ١٩٨٨ المجموعـة ج٤، ص ٨٨. و٦ يوينـه ١٩٨٧ المجموعـة ج٤، ص ٥٦. و١ ديسمبر ١٩٨٤ المجموعة ج٣،٩٠,١٧ مارس ١٩٨٤ المجموعة ج٣، ص ٤٩. نقلاً عن د. محمد صلاح عبد البديع مصدر سابق، ص ٣٤٦. تعني انها ملزمة للمحاكم وسلطات الدولة كافة انها ملزمة لجميع المحاكم وللمحكمة ذاتها كما انها ملزمة للسلطة التشريعية اذ يجب عليها ان تعيد النظر في القانون

والحجية المطلقة ايضا يقتصر نطاقها على النص او النصوص القانونية التي اثارت مسألة عدم دستوريتها وفصلت فيها المحكمة ولا يمتد الى غيرها من القوانين[١].

ففي الولايات المتحدة الامريكية تحوز احكام المحكمة العليا درجة البتات بعد ان يطلب الطرف الخاسر في الدعوى اعادة النظر والذي يكون بتقديم عريضة مطبوعة (بأربعين نسخة) الى المحكمة العليا وتنظر في هذا الطلب الذي يكون مصيره القبول او الرفض [٢]، وهناك رأي فقهي[٣] يرى بأن احكام المحكمة العليا الامريكية تتمتع بالحجية النسبية وليست المطلقة وعلى الرغم من انها مقيدة بسوابقها الا انه من المتصور ان تتطور الظروف على نحو يجعلها تعدل من قضائها السابق، ونجد ذلك في حكم المحكمة العليا الامريكية عام ١٩٧٢ عندما قررت عدم دستورية عقوبة الاعدام ثم عادت وقررت دستوريته عام ١٩٧٦ وهو ما يتفق مع القول بالحجية النسبية لاحكامها وان قضاء المحكمة العليا قضاء امتناع وليس الغاء فلو كان الغاء لما كان بمقدورها العودة الى قانون انتهت حياته.

اما في فرنسا فقد نصت المادة /١/٦١ من دستور الجمهورية الخامسة الفرنسية لعام ١٩٥٨ المعدل عام ٢٠٠٨ على انه (اذا ثبت اثناء النظر في دعوى امام جهة قضائية ان نصا تشريعيا يمثل اعتداء على الحقوق والحريات التي يكفلها الدستور جاز

الذي حكم بعدم دستوريته حتى يتفق مع نصوص الدستور كما انها تعد ملزمة للسلطة التنفيذية التي ينبغي عليها عدم تنفيذ القانون او اللائحة التي قضى بعدم دستوريتها على الحالات الفردية وكذلك يكون حجة على الكافة من افراد او مؤسسات ينظر: خالد فتحي، حجية الاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية واثارها، ص ٣٢ منشور على الموقع:

scc.mans.eun.eg/

و د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٣، ص ٢٩٦. د. محمد ماهر ابو العينين، موسوعة القضاء الدستوري المصري والمقارن، الهرم: دار ابو المجد للطباعة،٢٠١١،ص ٣٥١.

(١) د. محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص ٣٣٢. خالد فتحي ابو زيد، مصدر سابق، ص ٤٠٣.

(٢) د. حسن زكريا، المحكمة العليا الامريكية، بغداد: مطبعة الحكومة،١٩٦٦،ص ٣٣.

(٣) خالد فتحي ابو زيد، مصدر سابق، ص ١٩.

اشعار المجلس الدستوري _ بناءً على احالة من مجلس الدولة او من محكمة النقض بهذه المسألة ضمن اجل محدد ويحدد قانون اساسي شروط تطبيق هذه المادة).

اما المادة ٦٢ منه نصت على أنه: (النص الذي يصرح بعدم دستوريته على اساس المادة ٦١ لا يجوز اصداره او تطبيقه

النص الذي يصرح بعدم دستوريته على اساس المادة ٦١-١ يعتبر لاغيا من تاريخ نشر قرار المجلس الدستوري او من تاريخ لاحق يحدده هذا القرار .ويحدد المجلس الدستوري الشروط والحدود التي يجوز فيها اعادة النظر في الاثار التي رتبها هذا النص

قرارات المجلس الدستوري غير قابلة لاي طعن وهي ملزمة للسلطات العامة ولجميع السلطات الادارية والقضائية) والمادة (٦٢) سالفة الذكر تضفي على قرارات المجلس الدستوري الحجية المطلقة لأنها تلزم كل السلطات العامة في الدولة، وهذه الحجية لا تسري فقط على اطراف النزاع وانما تسري في مواجهة الكافة نظراً لطبيعتها العينية، ويتم نشر قرارات المجلس الدستوري بالجريدة الرسمية ويتم ابلاغ السلطات التي حركت اجراء الرقابة الدستورية بقراره[١].

اما في مصر نصت المادة ١٩٥ من دستور ٢٠١٤ المصري النافذ بان " تنشر في الجريدة الرسمية الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة الدستورية العليا وهي ملزمة للكافة وجميع سلطات الدولة وتكون لها حجية مطلقة بالنسبة لهم. وينظم القانون ما يترتب على الحكم بعدم دستورية نص تشريعي من اثار "

فقد نصت م/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل على ان (احكام المحكمة في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة). ونصت المادة ٤٨ من قانون المحكمة الانف الذكر ان " احكام المحكمة وقراراتها نهائية وغير قابلة لاي طعن " وهذه النهائية تكسب احكام المحكمة حجية

(١) د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ١٥٢

الامر المقضي وقوته لتصبح عنوانا للحقيقة واعلانا لصحيح احكام الدستور فيما فصلت فيه[١].

اما بخصوص مسلك المحكمة الدستورية العليا في مصر فإنها أسبغت الحجية المطلقة حتى بالنسبة للأحكام الصادرة بعدم الدستورية.

اما الحالات التي لا تسري عليها الحجية المطلقة للاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في مصر [٢]:

١. الاحكام الصادرة بعدم قبول دعوى عدم الدستورية لانقضاء الميعاد المقرر لرفعها.
٢. اذا صدر دستور جديد او عدل الدستور النافذ ويصبح النص التشريعي الذي سبق للمحكمة ان قضت بدستوريته مخالفاً للدستور الجديد او تعديلاته. (المخالفة الموضوعية فقط) .
٣. اذا فصلت المحكمة الدستورية في مسألة فرعية يكون الحكم هنا له حجية نسبية حتى ولو تمتع بالحجية المطلقة في المسألة الدستورية

وفي العراق نصت م/٩٤ من دستور ٢٠٠٥ النافذ ان (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة للسلطات كافة) وكذلك نص م/٥/ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ على انه (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا باتة) ونصت م/١٧ من النظام الداخلي للمحكمة رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ على انه (الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة باتة لا تقبل اي طريق من طرق الطعن).

فسرت المادة ١٧ انفة الذكر معنى البتات فالاحكام الباتة الاحكام التي لا يمكن الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن الواردة في القانون واكتساب درجة البتات يؤدي الى منع نظر الدعوى مجدداً.

ويذهب الفقه[١] الى ان البتات يدور بين معنيين:-

---

(١) محمد فؤاد عبد الباسط، ولاية المحكمة الدستورية العليا في المسائل الدستورية، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ٨٥٢.

(٢) ينظر: خالد فتحي ابو زيد، مصدر سابق، ص ١٩.

المعنـــي الاول: هـو قطعيـة قـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا كـالقرارات التفسـيرية اي لا تقبـل اي طريقـة مـن طـرق الطعـن (كـالاعتراض علـى الحكـم الغيـابي او اعـادة المحاكمة او تصحيح القرار التمييزي).

والمعنـى الثـاني: هـو نهائيـة قـرارات المحكمـة الاتحاديـة اي عـدم تغييـر مضـمون قراراتهـا او ما توصلت اليه من تفسير للدستور في المستقبل.

ونعتقـد ان البتـات يحمـل معنـى القطعيـة أي عـدم جـواز الطعـن بقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا وهـذا مـا اشـارت اليـه المـادة ١٧ مـن النظـام الـداخلي للمحكمـة الاتحاديـة بقولهـا: (الاحكـام والقـرارات التـي تصـدرها المحكمـة باتـة لا تقبـل أي طريـق مـن طـرق الطعـن). كمـا أشـارت م/١٠٦ مـن قـانون الاثبـات رقـم ١٠٧ لسـنة ١٩٧٩ المعـدل الـى عدم جواز قبول دليل ينقض حجية الاحكام الباتة.

أمـا الالـزام فـي قـرارات المحكمـة الاتحاديـة فتعنـي تطبيـق القـرار والخضـوع لـه او الاحتجـاج بفقراتـه والمطالبـة بتنفيـذها، وعلـة صـفة الالزاميـة فـي قـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا هـو المسـاواة بـين المـواطنين المتمتعـين بـالمراكز القانونيـة نفسـها فـي تطبيـق النصـوص الدسـتورية لان احكـام المحكمـة الاتحاديـة كاشـفة عـن قصـد المشـرع الـذي فوضـها هـذا الاختصـاص[٢] ويثـور تسـاؤل هنـا حـول الـزام قـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا هل يسري بأثر رجعي ام على المستقبل فقط ؟

وبـالعودة الـى قـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي العـراق نجـد انهـا قـررت فـي احكـام لهـا بعـدم رجعيـة قراراتهـا[٣] وعـدم تأثيرهـا فـي الاحكـام القضـائية الصـادرة قبلهـا [١]

---

(١) علـي هـادي عطيـة وميـثم حنظـل شـريف وعـلا رحـيم كـريم، مصـدر سـابق، ص٣. علـي هـادي عطيـة، النظريـة العامـة فـي تفسـير الدسـتور واتجاهـات المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي تفسـير الدسـتور العراقـي، لبنـان : منشـورات زيـن الحقوقيـة، ط١ ،٢٠١١،ص ٢٤٣. د. محمـد فـؤاد عبـد الباسط، مصدر سابق، ص ٨٥٠.

(٢) د. علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ٢٤٨.

(٣) نصـت المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي اغلـب قراراتهـا علـى ان قراراتهـا تسـري بـاثر مباشـر الا اننـا لاحظنـا فـي القـرارين المـرقمين ٤٣ و٤٤ /اتحاديـة /٢٠١٠ فـي ٢٠١٠/٧/١٢ علـى ان المحكمـة قضـت فـي كلاهمـا ان اثـر عـدم دسـتورية القـانونين هـو " ... الغـاءه والغـاء الاثـار

ولم نجد اي نص في الدستور او في قانون المحكمة او في نظامها الداخلي او قانون ادارة الدولة العراقي الملغي سريان احكام المحكمة الاتحادية العليا يكون باثر رجعي ام من اليوم التالي لصدور الحكم ام من تاريخ صدور الحكم ، بينما نجد ان القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ الملغي نص في المادة ٨٦ بموجب التعديل الثاني للقانون الاساسي عام١٩٤٣ منه على ان (١- كل قرار يصدر من المحكمة العليا ينص على مخالفة احد القوانين او نص احكامه لأحكام هذا القانون يجب ان يصدر بأكثرية ثلثي اراء المحكمة، واذا صدر قرار من هذا القبيل، يكون ذلك القانون او القسم المخالف منه ملغي من تاريخ صدور قرار المحكمة على ان تقوم الحكومة بتشريع يكفل ازالة الاضرار المتولدة من تطبيق الاحكام الملغاة).

نجد من دواعي تطبيق مبدأ الامن القانوني والاستقرار القانوني والاستقرار في المعاملات سريان اثر الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا باثر مباشر اي من تاريخ صدور الحكم القضائي الدستوري

وهنا ينبغي الموازنة بين حجية قرارات المحكمة الاتحادية العليا ومبدأ الفصل بين السلطات في الفرضية التالية: عندما تقضي المحكمة الاتحادية العليا بعدم دستورية

المترتبة عليه ..." اي سريانه باثر رجعي . ينظر : احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠ ، ص ٧٠ و٧٥ .

(١) ففي قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٣٨/اتحادية /٢٠١١ في ٢٠١١/٨/٢٢ نصت على انه (... وليس من بين اختصاصاتها الغاء القرارات القضائية الصادرة من محكمة التمييز الاتحادية...) هذا القرار منشور في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١١ ، المجلد الرابع ، اذار ٢٠١٢ ، ص ١٠٥.

والقرار رقم ٦٤ / اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨ الذي نص على (... ولم يكن من بين هذه الاختصاصات اختصاص الغاء الاحكام الصادرة عن المحاكم، اذ ان الاحكام الصادرة عن المحاكم قد حدد لها القانون طرق الطعن فيها...) منشور في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠ ، المجلد الثالث ، تموز ٢٠١١،ص ١٤٦. وكذلك القرار رقم ٥٣/اتحادية /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٢٢ المنشور في نفس المجلة، ص ٢١٨، والقرار رقم ٤٢/اتحادية /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٠/١٢ المنشور في نفس المجلة، ص ٢٠٧، والقرار رقم ١٧/اتحادية /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/٦/١٥ المنشور في نفس المجلة، ص ١٨٣.

قانون معين وتوكل الى السلطة التشريعية اختصاص تعديل الفقرة القانونية غير الدستورية فيه طيلة مدة معينة، وهي المدة التي استغرقتها السلطة التشريعية بتعديل الفقرة القانونية، هل كان القانون خلال هذه المدة ملغي ام انه غير ملغي الى حين صدور قانون جديد من قبل السلطة التشريعية فيلغى؟[١]

وفي الاجابة عن هذه الفرضية يذهب رأي فقهي الى ان القانون المطعون بدستوريته لو استمر بالنفاذ لكان العلو للقانون وليس للدستور واصبح قرار المحكمة الاتحادية العليا لا حجية له، اما اذا قلنا ان قرار المحكمة الاتحادية هو المطبق فَلِمَ قررت ان تعديل هذه الفقرة يرجع الى السلطة التشريعية؟[٢] .

ونحن بدورنا نعتقد انه ينبغي ان يكون القانون ملغي من تاريخ صدور الحكم بعدم دستوريته ، وذلك لكونه مخالف للدستور فلا يجوز ان يطبق او ان يبقى نافذ لحين قيام السلطة التشريعية بتعديل القانون .

اما ما تذهب اليه المحكمة الاتحادية العليا فهي تميل الى الابقاء على حجية قراراتها في اضيق نطاق حتى تتجنب الدخول الى حيز عمل باقي السلطات.

وهكذا فالمحكمة المذكورة تعمد الى تضييق نطاق حجية قراراتها على السلطات كافة استناداً لفهمها الخاص لمبدأ الفصل بين السلطات[٣].

ولما كانت قرارات المحكمة الاتحادية العليا ملزمة لجميع السلطات في العراق سواء أكانت السلطة التشريعية ام التنفيذية وللسلطة القضائية ايضاً اي انها ملزمة لجميع المحاكم في العراق.

اما بالنسبة للحجية المطلقة لأحكام المحكمة الاتحادية العليا فتكون في الدعاوى العينية الموجهة او المخاصمة للنص القانوني وليس لجهة معينة او شخص معين، كما في اختصاصها بتفسير النصوص القانونية و رقابة الدستورية. اما الحجية النسبية لأحكامها، المقتصر اثرها على اطراف الدعوى المقامة امامها، فتكون في

(١) علي هادي عطيه وميثم حنظل وعلا رحيم، مصدر سابق، ص ٩.

(٢) علي هادي العطية، مصدر سابق، ص ٢٥٤.

(٣) علي هادي عطية الهلالي، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

الدعاوى غير العينية، كما في باقي اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا المذكورة في المادة ٩٣ من الدستور العراقي لسنة ٢٠٠٥[١].

لكن ذهب بعض الفقه الى التفريق او التمييز بين الحكم الصادر بدستورية القانون والحكم الصادر بعدم الدستورية، فالحكم الصادر بعدم الدستورية تكون حجيته مطلقة[٢].

والسبب الذي نعتقده بخصوص هذا الرأي ان الحكم بعدم دستورية قانون معين يقضي بإلغائه[٣] من تاريخ صدور الحكم فيعد غير موجود في المنظومة التشريعية

(١) د. محمد صلاح عبد البديع، مصدر سابق، ص ٣٥٣. د. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ١١٠ د. صعب ناجي عبود، الدفوع الشكلية امام القضاء الاداري ، المؤسسة الحديثة للكتاب،٢٠١٠،ص ١٢١.

(٢) ينظر: د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية ١٩٩٣،ص٣٧٣،د. نبيلة عبد الحليم كامل، الرقابة القضائية على دستورية القوانين (القضاء الدستوري)، القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٣، ص٢٤٢، د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري، ط١، ١٩٩٥، ص ١٤٩، د. عبد الله ناصيف ، حجية واثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨،ص ٢٨ وما بعدها، د. صبري محمد السنوسي، اثار الحكم بعدم الدستورية، دراسة مقارنة، القاهرة: دار النهضة العربية،٢٠٠٠،ص ٦٢. د. محمد صلاح عبد البديع ، مصدر سابق ،ص ٣٥١.

(٣) قررت م/٤٤/ج من قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ٢٠٠٤ الملغى بأنه (اذا قررت المحكمة الاتحادية العليا أن قانوناً أو نظاماً او تعليمات او اجراء جرى الطعن به انه غير متفق مع هذا القانون فيعتبر ملغيا). ونصت م/٤ /ثانياً من قانون المحكمة الاتحادية رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ بأنه (.. والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية..).

اما دستور ٢٠٠٥ جاء خالياً من الاشارة الى طبيعة الرقابة التي تمارسها المحكمة على دستورية القوانين هل هي رقابة امتناع ام الغاء وذلك لان رقابة الالغاء يجب ان تستند الى

وبالتالي لا يمكن جعله محل لدعوى دستوريته جديدة، اما الحكم الصادر بدستورية قانون معين فحجيته نسبية لأنه يمكن اثارة عدم دستورية مرة أخرى بناء على مبررات واسباب جديدة[١].

وذهب رأي اخر الى ان حجية احكام المحكمة الدستورية هي حجية على درجة واحدة من القوة والالزام سواء اكانت احكاماً بالدستورية ام عدم الدستورية فتعد جميعها حجة على الكافة[٢]

أما بالنسبة لحجية احكام المحكمة الاتحادية العليا فهي تحوز درجة البتات والالزام على المحكمة نفسها، وذكرنا سابقاً أن حجيتها ملزمة للسلطات في الدولة كافة ومن باب اولى ان تكون ملزمة للمحكمة نفسها، فالحجية هذه تجعل من هذه القرارات متميزة عما سواها من القرارات القضائية الاخرى، فالحجية هذه تجعلها متصفة بصفة العمومية والتجريد فتتشابه من هذا الجانب مع النصوص القانونية[٣].

وبخصوص حجية الحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية شكلا لعدم توافر الشروط الشكلية فحجيتها نسبية لا تمنع المحكمة من اعادة النظر بالدعوى الدستورية.

نص قانوني صريح فلا يجوز للقضاء الغاء نص قانوني الا بناءاً على نص صريح، انظر في ذلك: د. غازي فيصل، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ الشروعية، بغداد: موسوعة الثقافة القانونية ، ط١،٢٠٠٨،ص ٦٧.

(١) وهذا ما نصت عليه م/ ١٠٥ من قانون الاثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل (الاحكام الصادرة من المحاكم العراقية التي حازت درجة البتات تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق اذا اتحد اطراف الدعوى ولم تتغير صفاتهم وتعلق النزاع بذات الحق محلا وسببا). شروط الدفع بحجية الامر المقضي هي: ١- اتحاد الخصوم: اعمالا لهذا لشرط لا تسري الحجية الا في مواجهة الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم والعبرة في تحديد الخصم يكون بصفته القانونية لا الطبيعية. ٢- وحدة الموضوع ٣- وحدة السبب.

(٢) يحيى الجمل، رقابة على دستورية القوانين، ص ١٣٩.

(٣) انظر الدعاوى رقم ٦/اتحادية /٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ و ٧/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ المنشوران في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠ ، المجلد الثالث ، تموز ٢٠١١ ، ص ٤٢ و ٤٥. حيث يتم الفصل في موضوع الدعوى لاكثر من مرة على الرغم من ان القرار متشابه والمفروض ان لا يتم الفصل في موضوع الدعوى لاكثر من مرة.

ومن تصفح قرارات واحكام المحكمة الاتحادية العليا في العراق نجد انها لا تقف الموقف ذاته بالنسبة الى حجية قراراتها في الدعاوى المرفوعة امامها وتوجهاتها التفسيرية بما يرتبط بتفسير الدستور فتارة تؤكد التزامها بحجية قراراتها وتوجهاتها التفسيرية السابقة وتارة اخرى تعكف على النظر بالدعوى المرفوعة او طلب التفسير المقدم لها من دون الالتفات الى كونها قد فصلت في موضوعها بما يفرض عليها الالتزام بحجية قراراتها وتوجيهاتها السابقة(١).

وفي اكثر من مناسبة نلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق تتقيد بما اصدرته من قرارات واحكام اذ قضت بأنه ما سبق وان قضت به المحكمة من منازعات وطلبات يكون حجة بما فصلت به ومن ثم لا يجوز اثارة المنازعة فيه مجدداً او طلب تصحيح القرار، اذ نصت في قرارها المرقم ٧/اتحادية/تمييز /٢٠٠٦ في ٢٠٠٦/٣/٢٨ بالاتي:- " ولدى امعان النظر في القرار المطعون فيه الصادر من هذه المحكمة وجد انه غير قابل للطعن به عن طريق طلب التصحيح لان الاحكام والقرارات التي تصدرها المحكمة الاتحادية العليا تعد باته... "(٢) ولكن في قرارات اخرى نجدها تقبل الدعوى او طلب التفسير الذي سبق وان بتت فيه(٣).

المطلب الثالث
تمييز الحكم القضائي الدستوري عن الحكم القضائي الاداري

بينا ان الحكم القضائي الدستوري هو اعلان لفكرة القاضي الدستوري تجاه ما يعرض عليه من مسائل وهو حكم قطعي بصدوره تستنفذ المحكمة ولايتها فيما فصلت فيه(٤).

اما الحكم القضائي الاداري: فهو الحكم الصادر في منازعة ادارية والاخيرة تفترض وقوع نزاع بين الافراد وجهة الادارة بمناسبة مباشرتها للعمل الاداري بعدها

(١) لمزيد من التفصيل راجع :د. علي هادي عطيه وميثم حنظل وعلا رحيم، مصدر سابق، ص ١٨.

(٢) منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام ٢٠٠٥ ، ٢٠٠٦ ،٢٠٠٧ ، ص ١٢٨.

(٣) لمزيد من التفصيل راجع :د. علي هادي عطيه وميثم حنظل وعلا رحيم، مصدر سابق، ص ١٩.

(٤) عصمت عبد الله الشيخ ، مصدر سابق ، ص ٧. علي عيسى اليعقوبي ، مصدر سابق. ص ١١٨.

سلطة عامة وعن طريق الدعوى الادارية يحمل هذا النزاع الى القضاء لينتهي الى اقرار الحقوق او المصالح المشروعة سواء كان ذلك لصالح الافراد ام لصالح الادارة [١].

واحكام القضاء الاداري على درجتين، فمنها الاحكام التي تصدر في الفصل في النزاع لأول مرة من قبل محاكم القضاء الاداري والتي تكون قابلة للطعن فيها، والاحكام التمييزية في احكام المحاكم سالفة الذكر وتكون نهائية فيما فصلت فيه[٢].

ولما كانت كفالة حق التقاضي يؤدي بالضرورة الى اقتضاء العدالة كاملة، فالحكم الصادر من محكمة اول درجة اي تلك المحكمة التي تنظر النزاع لأول مرة قد لا يكون عنوانا للحقيقة او العدالة لذا كان لابد من افساح المجال لإعادة النظر فيه من محكمة اعلى درجة ضمن ما يسمى بالطعن بالأحكام[٣]

وقد مارست المحكمة الاتحادية العليا في العراق وعلى مدى بضع سنين دورا في مجال اصدار الاحكام القضائية الادارية لذا وجدنا لزاما علينا الاشارة الى هذا الدور للمحكمة تمييزا له وتحديدا لأصل الموضوع هذا ويمتاز الحكم القضائي الاداري من الحكم القضائي الدستوري بجملة مسائل ومنها:

الفرع الاول
من حيث الجهة التي تصدر الحكم

تقوم المحاكم الدستورية على اختلاف تسمياتها بإصدار الاحكام الدستورية، فالقضاء المتخصص هو من ينظر في الدعاوى الدستورية وليس المحاكم العادية او الادارية، لذا نجد ان المحكمة الاتحادية في العراق والمحكمة الدستورية العليا في مصر تنفردان بإصدار الاحكام القضائية الدستورية[٤].

---

(١) د. محمود سامي جمال الدين، القضاء الاداري، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٨، ص ١٤.

(٢) محمود خلف الجبوري، القضاء الاداري في العراق، بغداد: دار المرتضى،ط٢ ، ٢٠١٤ ، ص ١٠٥.

(٣) د. حنان القيسي، دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على اعمال الادارة، دراسات قانونية، العدد ٣٦، لسنة ٢٠١٣، ص ٥.

(٤) محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٣١٤.

اما في الولايات المتحدة فنجد ان جميع المحاكم الامريكية تباشر رقابة الدستورية كل بحسب اختصاصها، فالمحاكم الاتحادية تراقب دستورية القوانين التي تسنها الولايات سواء اكانت قوانين عادية ام دساتير كما تراقب دستورية القوانين التي تسنها السلطة التشريعية للاتحاد وذلك كله في ظل الدستور الاتحادي ، اما محاكم الولايات فإنها لا تباشر اختصاص الرقابة الدستورية بالنسبة الى القوانين التي تسنها الولايات في حدود اوسع من حدود رقابة المحاكم الاتحادية(١).

اما في فرنسا فنجد ان المجلس الدستوري هو من يصدر الاحكام الدستورية على الرغم من ان البعض من الفقهاء يرى ان طبيعته سياسية، وحجتهم في ذلك ان طبيعته السياسية تعد نتيجة منطقية تستخلص من تشكيل المجلس ووظائفه، لكن الرأي الغالب في الفقه الفرنسي يمنح الطبيعة القضائية له ورأيهم في ذلك يستند الى وجود ثلاثة عناصر، فهو يفصل في مسائل قانونية وينزل حكم القانون على ما هو معروض عليه ، والثاني يستند الى وجود نزاع يبرر تدخل شخص ثالث ويتعرف على حجج كلا الطرفين ، والعنصر الاخير والاهم ان قرارات المجلس تتمتع بالحجية القضائية –حجية الشيء المقضي به–(٢).

ان الحديث عن الجهة المختصة بإصدار الاحكام القضائية الدستورية قادنا الى انواع الرقابة على دستورية القوانين التي تؤدي بالتالي الى اختلاف تلك الجهات فبالنسبة للدول التي تأخذ بأسلوب الرقابة عن طريق الامتناع كالولايات المتحدة الامريكية نجد ان هذا النوع من الرقابة ادى الى دخول اغلب او جميع المحاكم في الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري كما انه من الضروري التنويه بان رقابة الامتناع تطبق من قبل جميع المحاكم على اختلاف درجاتها ومن دون الحاجة الى النص عليها في القانون، اما الدول التي تأخذ بالرقابة عن طريق الالغاء مثل

(١) محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٢٠٥. شهاب احمد عبد الله، دور المحكمة العليا الامريكية في الرقابة على دستورية القوانين في مجال حقوق الانسان، رسالة مقدمة الى كلية القانون الجامعة المستنصرية في عام ٢٠٠٦، ص ١٠٠.

(٢) لمزيد من التفصيل راجع: محمود احمد زكي، مصدر السابق، ص ١٢٢ وما بعدها.

مصر والعراق نجد ان هذا النوع من الرقابة لا تمارسه الا المحاكم المختصة وهي المحاكم الدستورية على اختلاف تسمياتها ولا تستطيع اي محكمة مباشرة هذا الاختصاص الا عند النص عليه في صلب الدستور(١).

اما المنازعات الادارية فالجهة التي تصدر الحكم فيها هي محاكم القضاء الاداري في الدول ذات النظام القضائي المزدوج والمحاكم العادية في الدول ذات النظام القضائي الموحد(٢).

ففي نظام القضاء المزدوج يعهد بالرقابة على اعمال الادارة الى قضاء متخصص يفصل في المنازعات الادارية الى جانب القضاء العادي الذي يتولى الفصل في المنازعات المدنية والتجارية والاحوال الشخصية والجنائية كما في فرنسا والعراق(٣)، اي ان القضاء الموحد يقوم على اساس وجود هيئة قضائية واحدة في الدولة تفصل في المنازعات الادارية والعادية على السواء، فسواء كانت الادارة طرفا في النزاع (منازعة ادارية) ام كان كلا طرفي الدعوى من الافراد ففي الحالتين تختص هذه المحكمة بحل المنازعات في كلا الحالتين(٤).

ومن ثم يتفق كلا الحكمين (الدستوري والاداري) من حيث انهما قد يصدران من قضاء متخصص ام من القضاء العادي على وفق الاحوال سالفة الذكر.

الفرع الثاني
من حيث ولاية القاضي او انواع الاحكام

الحكم في الدعوى الدستورية اما ان يكون حكم تفسيري لنص دستوري او ان يكون رقابة على دستورية القوانين، اما بالحكم بالدستورية او عدمها، وفي حالة البت بعدم دستورية نص قانوني فهي تحكم بإلغائه او الامتناع عن تطبيقه وكذلك بعض

(١) د. محمد عبد طعيمس، دور القضاء في حماية الحقوق والحريات، مجلة التشريع والقضاء، العدد الرابع، السنة الرابعة،٢٠١٢،ص ١٤٦.

(٢) د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد، القضاء الاداري،٢٠١٠ ، ص ٥٥.

(٣) د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد، مصدر سابق، ص ٥٩.

(٤) د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد، مصدر سابق، ص ٥٤.

الاختصاصات التي نصت عليها الدساتير مثل حل النزاعات بين الاقاليم اوبين الاقاليم والدولة الاتحادية او التصديق على نتائج الانتخابات وغيرها.

ورقابة الالغاء تتجسد في التخويل الممنوح من قبل المشرع الدستوري للأفراد والهيئات في رفع الدعوى امام المحكمة لإلغاء النص القانوني المخالف للدستور، وعلى القاضي الدستوري التثبت من عدم دستورية النص ومن ثم الحكم بإلغائه ولهذا الحكم حجية مطلقة تجاه الجميع(١).

اما الحكم في الدعوى الادارية فيكون بالغاء القرار الاداري لعيب يشوب احد اركانه كالسبب والشكل او الاختصاص او مخالفة القانون او الغاية ويسمى بقضاء المشروعية(٢) اذ ان هذه الدعوى تخاصم القرار الاداري من حيث مشروعيته وكذلك من حيث تكييف الواقعة المنصب عليها القرار المطعون فيه.

وسلطة القاضي الاداري تنحصر في الغاء القرار الاداري وتعديله او استبدال القرار الملغي (٣).

كما ان للمحكمة الادارية ولاية القضاء الكامل في دعاوى التعويض اذ لها الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه اذا ما كان مخالفا للقانون او تعديله فضلا عن الحكم بالتعويض لمن صدر القرار بحقه واصابه ضرر من جراء ذلك(٤).

اذا ما بحث اي من القضائين الدستوري والاداري في مشروعية نص معين ووجدت انه غير دستوري فإنها تحكم بإلغائه ، فحكم الالغاء هو حكم موضوعي ينصب على النص المطعون فيه ويجعله كأن لم يكن في مواجهة الكافة (٥)، وليس فقط في مواجهة اطراف الدعوى فالحكم يحوز حجية الشيء المقضي فيه اسوة بسائر الاحكام القضائية الا انها تزيد عليها في ان حجيتها مطلقة وليست نسبية بحيث يستفيد منها كل من تعلقت له مصلحة بالنص المطعون فيه او يكون قد مس مركزه القانوني ويعود ذلك

(١) د. محمد عبد طعيمس، مصدر سابق، ص ١٤٦.

(٢) محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ١٣٥.

(٣) د. محمود سامي جمال الدين، مصدر سابق، ص ١٥.

(٤) محمود خلف الجبوري، مصدر سابق. ص ١٣٧.

(٤) هذا اذا كان حكم الالغاء يسري باثر رجعي .

الى طبيعة دعوى الالغاء كونها دعوى عينية فالحكم بإلغاء نص معين يجعل هذا القرار ملغي [١].

على ما تقدم يتفق الحكم القضائي الدستوري مع الحكم القضائي الاداري من حيث انهما حكمان موضوعيان يخاصمان القانون والقرار الاداري على التوالي للوصول الى تحقيق الدولة القانونية من خلال دستورية القانون ومشروعية القرارات الادارية، كما ان الحكم بالغاء النص في كلاهما يجعل هذا النص ملغي ، ويتشابه كلاهما ان لهما اختصاص تفسيري كل بحسب اختصاصه .

الفرع الثالث
من حيث حجية الحكم

بما ان دعوى الالغاء دعوى عينية تستهدف القرار سواء أكان اداريا ام دستوريا وتقضي بإلغائه لعدم مشروعيته، فالإلغاء حكم موضوعي يستهدف القرار المطعون فيه ويجعله كأن لم يكن في مواجهة الكافة فهو يحوز قوة الشيء المقضي فيه اسوة بسائر الاحكام القضائية الا ان لها حجية مطلقة وليست نسبية ولحكم الالغاء اثر رجعي فالقرار الاداري الذي يقضي بإلغائه يعتبر كأن لم يصدر اصلا وتمحى جميع اثاره القانونية التي ترتبت عليه[٢].

ان الحجية المطلقة لحكم الالغاء لا تنطبق على حكم الالغاء الصادر برفض الدعوى لأي سبب من الاسباب ماعدا سبب انتهاء المدة القانونية المحددة للطعن اذ تكون حجية الحكم في حالة الرفض نسبية قاصرة على الطاعن دون غيره[٣] اما قضاء الموظفين فتكون دائما من ضمن دعاوى فحص المشروعية او دعاوى التعويض[٤].

---

(١) د.محمود سامي، مصدر سابق ، ص ١٥.

(٢) محمود خلف الجبوري، مصدر سابق، ص ٢١٤.

(٣) محمود خلف، مصدر سابق، ص ٢١٥-٢١٦.

(٤) محمود خلف، مصدر سابق، ص ١٣٥.

وتختلف حجية الالغاء في القرارات الادارية عنها في الدستورية فإلغاء النص المطعون فيه يسري اثره من تاريخ الحكم بعدم دستوريته في العراق او باثر رجعي كما في احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر الا حالتي (التقادم وصدور حكم بات)، اما المجلس الدستوري الفرنسي فيكون اما من تاريخ صدور الحكم او من تاريخ لاحق يحدده المجلس الدستوري وهذا استنادا لنص المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل.

اما في الولايات المتحدة الامريكية التي تأخذ برقابة الامتناع فقد قضت المحكمة العليا في قضية لها [١] ان التشريع المخالف ليس في الحقيقة قانون على الاطلاق فهو لا ينشيء حقوقا ولا يرتب واجبات ولا يمنح حماية ولا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماما وكأنه لم يصدر اصلا ، لكنها عادت وقضت في حكم لها[٢] "بان الوجود المادي للقانون قبل ان يقضى بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها " ، وفي سبيل التخلص من الاثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية التجأت الى التعويل على حسن نية ذوي الشأن وضرورة مراعاة جانبهم او التجأت الى التعويل على نظرية الموظف الفعلي [٣] .

اما الغاء القرار الاداري فيجعل القرار كأن لم يصدر اصلا وحكم الالغاء يسري باثر رجعي وتمحى جميع الاثار القانونية التي ترتبت عليه ويعاد الحال الى ما كان عليه قبل صدور القرار[٤].

وينبغي الاشارة الى ان احكام القضاء الاداري ثنائية الدرجة وليست على درجة واحدة كما في الاحكام الدستورية، فالقضاء الاداري يكون قضاء اول درجة طالما

---

(١) Norton v. Shelby county 118 u.s. 425(1886) نقلا عن ابراهيم محمد حسنين ، الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، رسالة دكتوراه للحصول على درجة الدكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق جامعة طنطا ، ١٩٩٩ ، ص ٩٣ .

(٢) chicat county drainage districil v. baxtar state bank 308 us 371 (1941) نقلا عن ابراهيم محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٣) ابراهيم محمد حسنين ، مصدر سابق ، ص ٩٣ .

(٤) د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد، مصدر سابق ، ص ٢١٤.

لم تمض مدة الطعن، واحكامه غير باتة وليس لها حجية. ويكون قضاء تمييزي من قبل المحكمة الادارية العليا فأحكامها تحوز الحجية المطلقة بمجرد صدورها[1].

الفرع الرابع
من حيث طبيعة المنازعة

ان تحديد طبيعة الدعوى الادارية يكون على اساس المعيار الموضوعي اذ يكون احد طرفيها شخص اداري عام يدير احدى المرافق العامة موضوعا للدعوى الادارية[2]، وهي بطبيعتها تستهدف القرار الاداري وتقع الخصومة عليه.

اما الدعاوى الدستورية فهي ايضا كما تبين لنا سابقا ذات معيار موضوعي، فهي تستهدف القانون بالنسبة للدعاوى الخاصة بالبت بدستورية القوانين او تفسيرها.

ويمكن تمييز الحكم الدستوري عن الحكم الاداري الاولي (الصادر من محكمة القضاء الاداري) ان الاخير حكم يمكن الطعن به امام المحكمة الادارية العليا تمييزا فهو حكم لم ينل درجة البتات كما في الحكم الدستوري اما بعد ان يطعن به تمييزا امام المحكمة الادارية العليا فان الحكم الصادر منها يحوز درجة البتات ولا يمكن اثارة الدعوى مجددا.

الفرع الخامس
من حيث اجراءات رفع الدعوى الادارية والدستورية

بينت مواد النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ (من المادة ١ الى المادة ٧) الاجراءات الواجب اتباعها عند رفع الدعوى امام المحكمة الاتحادية العليا وهي عند تقديم المدعي لعريضة دعواه ان يرفق بها نسخا بقدر عدد المدعى عليهم وان توقع كل ورقة من هذه الاوراق من قبل المدعي او وكيله مع الاقرار بمطابقتها للأصل، ومن ثم يتم تأشير عريضة الدعوى من قبل رئيس المحكمة او من

(١) محمود خلف، مصدر سابق، ص ١٠٥.

(٢) محمود عبد علي، العلاقة بين الدعوى الادارية والحق موضوع الدعوى، مجلة الرأي، المجلد الاول، العدد الثاني، ٢٠١٤، ص ١٨٤.

يخوله ويستوفى الرسم عنها وتسجل في السجل الخاص ويوضع عليها ختم المحكمة وتاريخ التسجيل[١]، وعلى الخصم الاجابة عنها تحريريا خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوما من تاريخ التبليغ واذا ما تم تعيين موعد المرافعة بعد اكمال التبليغات واجابة الخصم عنها او مضي المدة في هذه الحالة لا يمكن للخصم طلب تاجيل الدعوى لغرض الاجابة [٢]، ونظمت المواد ٣ و ٤ و ٥ و ٦ تقديم طلب من المحاكم للبت في دستورية قانون معين و تقديم طلب من احدى المحاكم البت في دستورية قانون ما بناءً على دفع من احد الخصوم في الدعوى المنظورة امامها، و تقديم طلب من احدى الجهات الرسمية للبت بدستورية قانون معين، و طلب مدعي البت بدستورية قانون معين.

بينما اجراءات رفع الدعوى امام القضاء الاداري[٣] يجب ان يسبقها تظلم وعلى الادارة الاجابة على التظلم خلال ٣٠ يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها، وفي حالة الرفض و السكوت على الطاعن خلال ٦٠ يوما من تاريخ انتهاء ال ٣٠ يوما ان يقدم طعنه الى المحكمة، اما اذا لم يقدم طعنه خلال هذه المدة فيسقط حقه في الطعن وترد المحكمة دعواه شكلا الا ان له المطالبة بحقوقه في التعويض امام المحاكم العادية عن

(١) المادة ١ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥

(٢) المادة ٢ من النظام الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

(٣) نص البند / سابعا من المادة ٧ من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل الاتي: (أ- يشترط قبل تقديم الطعن الى محكمة القضاء الاداري ان يتم التظلم منه لدى الجهة الادارية المختصة خلال ٣٠ يوم من تاريخ تبلغه بالامر او القرار الاداري المطعون فيه او اعتباره مبلغا، وعلى هذه الجهة ان تبت في التظلم خلال ٣٠ يوما من تاريخ تسجيل التظلم لديها. ب- عند عدم البت في التظلم او رفضه من الجهة الادارية المختصة على المتظلم ان يقدم طعنه الى المحكمة خلال ٦٠ يوما من تاريخ رفض التظلم حقيقة او حكما وعلى المحكمة تسجيل الطعن لديها بعد استيفاء الرسم القانوني ولا يمنع سقوط الحق في الطعن امامها من مراجعة القضاء العادي للمطالبة بحقوقه في التعويض عن الاضرار الناشئة عن المخالفة او الخرق للقانون).

الاضرار الناشئة عن مخالفة او خرق القانون[١]، اما الحكم التمييزي فهو ذو اجراءات نص عليها قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل (من المادة ٢٠٣ الى المادة ٢١٨)

نجد ان الفرق بين القضاء الاداري والدستوري من حيث الاجراءات، ان الاجراءات اسهل وايسر في القضاء الاداري، و في القضاء الدستوري لا توجد مدة للطعن [٢] .

(١) د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد ، مصدر سابق ، ص ١٣٩. غازي ابراهيم الجنابي ، القضاء الاداري في العراق ، مجلة التشريع والقضاء ، العدد الرابع ،٢٠٠٩ ،ص ٢١.

(٢) لمزيد من التفصيل حول كون اجراءات القضاء الاداري اسهل من الدستوري راجع : د. غازي فيصل ، المحكمة الاتحادية العليا ودورها في ضمان مبدأ المشروعية ، مصدر سابق ، ص ٢٨ .

المبحث الثاني
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري

تناولنا فيما سبق معنى القضاء الدستوري وقلنا ان معناه قد يكون عضوي او موضوعي، فالمعنى العضوي (الشكلي) هو القضاء الشكلي المتخصص المتمثل بالمحاكم الدستورية التي اعطاها الدستور صلاحية نظر الدعاوى الدستورية، اما الموضوعي فهو الفصل في المسائل الدستورية سواء اصدر الحكم الدستوري من محكمة دستورية متخصصة ام من محكمة اخرى طالما ان الحكم صدر للفصل في مسألة دستورية، وسنحاول في هذا المطلب البحث في التطبيق العملي لكلا معنيي القضاء الدستوري وذلك من خلال تناول الجهة المختصة بإصدار مثل هذه الاحكام في الدول المقارنة ودراسة تشكيلها واختصاصاتها للوقوف على تجاربها في هذا المجال ومقارنتها بتجربة العراق للوصول الى افضل النتائج ولذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في القوانين المقارنة.

المطلب الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق.

المطلب الاول
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في القوانين المقارنة

سنتناول في هذا المطلب الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في الولايات المتحدة وفرنسا ومصر وذلك بسبب تنوع التجربة التي مرت فيها كل من هذه الدول، وللوقوف على ما يميز كل منها وصولا الى مقارنتها لاحقا بالعراق، ولذلك سيقسم هذا الفرع على:

الفرع الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية.

الفرع الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في فرنسا.

الفرع الثالث: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في مصر.

الفرع الاول

الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية

الولايات المتحدة الامريكية من اوائل الدول التي اخذت بالرقابة على دستورية القوانين بوساطة القضاء[1] ولما كانت جميع المحاكم في الولايات المتحدة الامريكية يمكن ان تصدر احكاما دستورية (حكم بعدم دستورية نص قانوني)، ومن الجدير بالذكر انها رقابة امتناع وليس الغاء، لذلك سنبحث في النظام القضائي ككل في الولايات المتحدة الامريكية[2]:

اولا: تكوين النظام القضائي في الولايات المتحدة الامريكية:

يتكون النظام القضائي في الولايات المتحدة الامريكية من السلطة القضائية الاتحادية والسلطة القضائية للولايات والاقاليم:

١. **السلطة القضائية الاتحادية:** اذ نصت المادة ٣ الفقرة الاولى من الدستور الامريكي على انه: (تناط السلطة القضائية في محكمة عليا واحدة وبمحاكم ادنى درجة كما يرتأي الكونغرس وينشئه من حين لآخر...) ولذلك صدرت عدة قوانين عن الكونغرس بأنشاء محاكم اخرى والمحاكم التي يتكون منها النظام القضائي الاتحادي هي:

أ. المحكمة العليا: وهي اعلى محكمة في الولايات المتحدة الامريكية وهي الوحيدة التي انشأت بنص الدستور واحكامها نهائية وتتقيد بها جميع المحاكم، وتتكون

---

(١) يحيى الجمل ، طرق الرقابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية ، النشرة الاولى،٢٠٠٢ ، ص ٩.

(٢) ينظر بتشكيل النظام القضائي في الولايات المتحدة الامريكية: د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٢٠١ هامش (٢). د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية،١٩٦٠ ، ص ٢٠٢. وسيم حسام الدين الاحمد، المحاكم الدستورية العربية والاجنبية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢ ، ص ٢١٩. و د. ايناس محمد البهجي و د. يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة: المركز القومي للاصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١٣، ص ١٣٣ وما بعدها. شهاب احمد عبد الله، مصدر سابق، ص ٧٠.

من رئيس وثمانية اعضاء ويجوز ان تصدر احكامها من ستة اعضاء ويختار رئيس الجمهورية رئيس واعضاء المحكمة العليا وذلك بعد موافقة مجلس الشيوخ، ويقوم اعضاء المحكمة بعملهم مدى حياتهم (ما داموا حسني السلوك) ولهم التقاعد عند سن الـ٧٠، وفي هذه الحالة لهم ان يتقاضوا راتبهم كاملا بشرط ان يكون قد امضى في منصبه بالمحكمة عشر سنوات. (ف١ م ٣) من دستور الولايات المتحدة الامريكية .

ب. محاكم الدرجة الاولى (المحاكم الاقليمية):هذه المحاكم تعد من محاكم الدرجة الاولى للتقاضي وتوجد في كل ولاية محكمة او اكثر وتتشكل من قاض واحد (وتتشكل من ٣ قضاة اذا ما مارست قرارات المنع) وقد يحضر المحلفون في الدعاوى المدنية والجنائية اذا لم يبد الخصوم عدم رغبتهم في حضور المحلفين.

ج. محاكم الاستئناف: وتعد محاكم الدرجة الثانية وتستأنف امامها احكام المحاكم الاقليمية وتتكون من ١١ محكمة احدها مقرها العاصمة والباقي في الولايات الاخرى ولكل منها اختصاص اقليمي وتتشكل من ٣ قضاة ورئاسة المحكمة تكون لأقدمهم.

٢. **السلطة القضائية للولايات والاقاليم:** تختلف الانظمة والاحكام في المحاكم القضائية في الولايات والاقاليم بتعدد الولايات والاقاليم التي تتكون منها الولايات المتحدة الامريكية.

ثانيا: اختصاصات المحاكم في الولايات المتحدة الامريكية:

تختص المحكمة العليا[١] في كثير من الاحيان بتفسير النصوص الدستورية والقوانين الاتحادية ولها اختصاصات حصرية تتمثل في (جميع المنازعات التي تكون بين ولايتين او اكثر بشرط ان تكون حكومة الولاية هي الخصم في الدعوى وجميع الدعاوى والاجراءات المقامة ضد السفراء ووزراء الدول الاجنبية (الوزراء المفوضين) او تابعيهم).

(١) د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٢٠١ ، هامش (٢). د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ١٨٦. شهاب احمد، مصدر سابق ، ص ٨٤.

امـــا الاختصاصـــات المشـــتركة بـــين المحكمـــة العليـــا وبعـــض المحـــاكم وهـــي (الـدعاوى والاجـراءات التـي يقيمهـا السـفراء والـوزراء المفوضـون او تلـك التـي يكـون احـد اطرافهـا مـن القناصـل او نـوابهم التـابعين لـدول اجنبيـة وجميـع المنازعـات بـين الحكومـة الاتحاديـة واحـدى الولايـات وجميـع الـدعاوى والاجـراءات المقامـة بـين مـواطني احـدى الولايـات ضـد مـواطني ولايـة اخـرى او ضـد الاجانـب) وكـذلك الاختصـاص الـذي تمارسـه كمحكمة نقض لأحكام وقرارات المحاكم الاخرى وينحصر هذا الاختصاص في:

١. **احكام المحاكم الابتدائية وذلك في الحالات:**

الحالـــة الاولـــى: جميـع الـدعاوى التـي تكـون الولايـات المتحـدة او احـدى هيئاتهـا او موظفيهـا طرفـا فيهـا وذلـك اذا مـا قـررت المحكمـة فـي حكمهـا عـدم دسـتورية احـد التشريعات الاتحادية.

الحالـــة الثانيـــة: تتعلـق بالـدعاوى المدنيـة التـي ترفعهـا حكومـة الولايـات المتحـدة لتطبيـق بعض القوانين التي نصت صراحة على اختصاص المحكمة العليا بذلك.

الحالـــة الثالثـــة: تتعلـق بالأحكـام التـي تصـدرها محكمـة ابتدائيـة اقليميـة والتـي تشـكل مـن ثلاثة قضاة بمنح او رفض امر من اوامر المنع.

٢. **احكام محاكم الاستئناف وذلك في حالتين:**

الحالـــة الاولـــى: اذا قضـت بعـدم دسـتورية تشـريع صـادر فـي احـدى الولايـات بحجـة تعارضه مع القانون الاتحادي.

الحالة الثانية: اذا قضت بعدم دستورية قانون اتحادي.

٣. **الاحكام النهائية الصادرة من المحاكم العليا في الولايات وذلك في حالتين:**

الحالـــة الاولـــى: اذا اثيـرت فـي الـدعوى مسـألة دسـتورية قـانون او معاهـدة تجاريـة وقضـت المحكمة العليا في الولاية بتعارض ذلك القانون او تلك المعاهدة مع الدستور.

الحالـــة الثانيـــة: اذا اثيـرت مسـألة دسـتورية قـانون صـادر فـي احـدى الولايـات وقضـت المحكمة العليا في الولاية بدستوريته.

الفرع الثاني
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في فرنسا

تشكل المجلس الدستوري في فرنسا في ظل دستور الجمهورية الخامسة عام ١٩٥٨ واعطاه اختصاص الرقابة على دستورية القوانين لذا لابد ان نقوم ببحث تشكيله واختصاصاته وكما سيأتي بيانه:

اولا: تشكيل المجلس الدستوري في فرنسا[١]:

يتشكل هذا المجلس من طائفتين من الاعضاء[٢]:

الطائفة الاولى: الاعضاء المعينون في المجلس وعددهم تسعة اعضاء يتولى رئيس الجمهورية تعيين ثلاثة منهم ورئيس مجلس الشيوخ يعين ثلاثة ورئيس الجمعية الوطنية يعين ثلاثة ويشغل هؤلاء الاعضاء التسعة العضوية لمدة تسع سنوات غير قابلة للتجديد ويمكن للعضو الذي شغل باقي مدة عضوية سلفه التي لم تتجاوز الثلاث سنوات ان يشغل من جديد عضوية المجلس الدستوري لمدة عضوية كاملة ويتم تجديد ثلث اعضاء المجلس الدستوري كل ثلاث سنوات.

الطائفة الثانية: الاعضاء بحكم القانون وهذه الطائفة من الاعضاء تتمثل في الرؤساء السابقين للجمهورية وهؤلاء يعدون اعضاء لمدى الحياة في هذا المجلس بحكم

---

(١) د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٩٩. وسيم حسام الدين، مصدر سابق، ص ١٨٥. ابراهيم الحمود، توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الاول، ١٩٩٤، ص ٢٠٥. علي يوسف الشكري، مبادئ القانون الدستوري، عمان: دار صفاء للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠١١، ص ٣١٧.

(٢) نصت المادة ٥٦ من الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨ على انه "يتكون المجلس الدستوري من ٩ اعضاء تقدر مدة ولايتهم ٩ سنوات غير قابلة للتجديد ويتجدد ثلث اعضاء المجلس كل ٣ سنوات ويتم تعيين ٣ اعضاء من قبل رئيس الجمهورية و٣ اعضاء من قبل رئيس الجمعية الوطنية و٣ اعضاء من قبل رئيس مجلس الشيوخ ويطبق الاجراء المنصوص عليه في الفقرة الاخيرة من المادة ١٣ على هذه التعيينات ... وزيادة على الاعضاء التسعة المنصوص عليهم في اعلاه يتمتع رؤساء الجمهورية السابقين بالحق الكامل في العضوية الدائمة في المجلس الدستوري ... ".

القانون ورئيس المجلس يختار من بين اعضائه ، ولا يجوز لعضو المجلس اشغال اي عضوية في البرلمان او الحكومة او اي منصب حزبي[1]

ثانيا: اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي:

للمجلس الدستوري الفرنسي العديد من الاختصاصات وهي:

١. يسهر المجلس الدستوري على قانونية انتخاب رئيس الجمهورية وينظر في الاعتراضات ويعلن نتائج الاقتراع (م ٥٨ من دستور فرنسا النافذ)
٢. يفصل المجلس الدستوري على قانونية انتخاب النواب واعضاء مجلس الشيوخ (م ٥٩ من دستور فرنسا)
٣. يسهر المجلس الدستوري على قانونية عمليات الاستفتاء المنصوص عليها في المادتين (١١) و(٨٩) وفي الباب الخامس عشر ويعلن نتائجها .(م ٦٠ من دستور فرنسا)
٤. يجب عرض القوانين الاساسية قبل اصدارها واقتراحات القوانين المنصوص عليها في المادة (١١) قبل عرضها على الاستفتاء والنظام الاساسي لمجلسي البرلمان قبل تطبيقهما على المجلس الدستوري الذي يفصل في مدى مطابقتها للدستور . (م ٦١ من دستور فرنسا)
٥. الاشراف على انتخاب رئيس الجمهورية وتأجيل الانتخابات اذا اقتضى الامر (م٧ من دستور فرنسا)
٦. الرقابة على دستورية القوانين (الرقابة السابقة والرقابة اللاحقة).

أ. **الرقابة السابقة** (وتتم احالة القوانين الى المجلس الدستوري قبل اصدارها وتكون اما وجوبية او اختيارية.

الاحالة الوجوبية: ان اصدار التشريعات الاتية غير ممكن ما لم تمر بالمجلس الدستوري وهي: (القوانين التنظيمية، النظام الداخلي للجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ، مقترحات القوانين المقدمة للاستفتاء من خمس اعضاء البرلمان مشفوعا بتأييد عشر الناخبين المسجلين في القوائم الانتخابية)

(١) المادة ٥٧ من الدستور الفرنسي لعام ١٩٥٨ المعدل النافذ.

الاحالة الاختيارية: وتكون في القوانين العادية والمعاهدات الدولية.

ب. **الرقابة اللاحقة:** اي احالة القوانين الى المجلس الدستوري بعد اصدارها تم اضافة الرقابة اللاحقة بموجب التعديل الدستوري ٢٣ تموز ٢٠٠٨.التي تقتصر على القوانين التي فيها تعدي على الحقوق والحريات الاساسية .

الفرع الثالث
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في مصر

المحكمة الدستورية العليا هيئة قضائية مستقلة قائمة بذاتها ومقرها القاهرة، وقد خصص الفصل السابع من الباب الخامس من دستور مصر لعام ١٩٧١ الملغي للمحكمة الدستورية العليا في مصر، وقد نصت المادة ١٩١[١] من دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ النافذ على انشائها وهي لا تختلف عن سابقتها وسنبحث في تشكيلها واختصاصاتها:

اولا: تشكيل المحكمة الدستورية العليا[٢]:

(١) نصت المادة ١٩١ من دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ على: " المحكمة الدستورية العليا جهة قضائية مستقلة قائمة بذاتها مقرها القاهرة ويجوز في حالة الضرورة انعقادها في أي مكان اخر داخل البلاد بموافقة الجمعية العامة للمحكمة ويكون لها موازنة مستقلة يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها وتدرج بعد اقراراها في الموازنة العامة للدولة رقما واحدا وتقوم الجمعية العامة للمحكمة على شؤونها ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المتعلقة بشؤون المحكمة)

(٢) حميد ابراهيم الحمادي، مصدر سابق ،ص ١٤٢. عبد العزيز محمد سالمان، مصدر سابق، ص ٥٢. د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، القاهرة: دار النهضة العربية،٢٠٠٠،ص ٣٢.

احال دستور ١٩٧١ المصري في المادة ١٧٦ تشكيل المحكمة الدستورية العليا الى قانون وصدر الاخير في ١٩٧٩/٩/٦ الذي نص في المادة ٣ منه على ان تشكل المحكمة من رئيس وعدد كاف من الاعضاء بحيث تصدر احكامها من سبعة اعضاء

ويشترط في العضو الذي يعين فيها ان تتوافر فيه الشروط العامة اللازمة لتولي القضاء طبقا لأحكام قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لعام ١٩٧٢ وان لا يقل عمره عن ٤٥ سنة ويكون من بين الفئات الاتية:

أ. اعضاء المحكمة العليا وهي التي تتولى الرقابة قبل انشاء المحكمة الدستورية العليا.

ب. اعضاء الهيئات القضائية السابقين والحاليين ممن امضوا في وظيفة مستشار او ما يعادلها خمس سنوات متصلة على الاقل.

ج. اساتذة القانون الحاليين والسابقين بالجامعات المصرية فمن امضوا في وظيفة استاذ ثماني سنوات متصلة على الاقل.

د. المحامون الذين اشتغلوا امام المحاكم للنقض والادارية العليا عشر سنوات متصلة على الاقل.

اما رئيس المحكمة فيعين بقرار من رئيس الجمهورية، ويعين عضو المحكمة بقرار من رئيس الجمهورية بعد اخذ رأي المجلس الاعلى للهيئات القضائية وذلك من بين اثنين ترشح احدهما الجمعية العامة للمحكمة ويرشح الاخر رئيس المحكمة ويجب ان يكون ثلثا اعضاء المحكمة على الاقل من بين اعضاء الهيئات القضائية(١).

اما دستور جمهورية مصر لعام٢٠١٤ النافذ فقد نص في المادة ١٩٣ على تشكيل المحكمة فنصت على ان " تؤلف المحكمة من رئيس وعدد كاف من نواب الرئيس وتؤلف هيئة المفوضين بالمحكمة من رئيس وعدد كاف من الرؤساء بالهيئة والمستشارين والمستشارين المساعدين وتختار الجمعية العامة رئيس المحكمة من بين اقدم ثلاثة نواب لرئيس المحكمة كما تختار نواب الرئيس واعضاء هيئة المفوضين بها ويصدر بتعيينهم قرار من رئيس الجمهورية وذلك كله على النحو المبين بالقانون

(١) وهذا ما اشارت له م/٥ من قانون لمحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل.

ثانيا: اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في مصر:

نصت م/١٧٥ من الدستور المصري الصادر عام ١٩٧١ الملغي على ان: (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتتولى تفسير النصوص التشريعية وذلك كل على الوجه المبين في القانون..).

وقد ذكرت م/٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل[١] اختصاصات المحكمة بالنص على ان تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يأتي:

اولاً- الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح

ثانياً- الفصل في تنازع الاختصاص بتعيين الجهة المختصة من بين جهات القضاء او الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، وذلك اذا رفعت الدعوى عن موضوع واحد امام جهتين منها ولم تتخل احداهما عن نظرها او تخلت كلتاهما عنها.

ثالثاً- الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من اية جهة من جهات القضاء او هيئة ذات اختصاص قضائي والاخر من جهة اخرى منها.

ونصت م/٢٦ من القانون نفسه على انه " تتولى المحكمة الدستورية العليا تفسير نصوص القوانين الصادرة من السلطة التشريعية والقرارات بقوانين الصادرة من رئيس الجمهورية وفقاً لأحكام الدستور وذلك اذا اثارت خلافاً في التطبيق وكان لها الاهمية ما يقتضي توحيد تفسيرها.

اما وفق دستور جمهورية مصر لعام ٢٠١٤ فقد نصت المادة ١٩٢ على ان "تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح وتفسير النصوص التشريعية والفصل في المنازعات المتعلقة بشؤون اعضائها وفي تنازع الاختصاص بين جهات القضاء والهيئات ذات الاختصاص القضائي

---

(١) قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل بموجب قرار جمهوري رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٤ بتعديل قانون المحكمة انفة الذكر بشأن منازعات الانتخابات الرئاسية والنيابية.

والفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من أي جهة من جهات القضاء او هيئة ذات اختصاص قضائي والاخر من جهة اخرى منهما، والمنازعات المتعلقة بتنفيذ احكامها والقرارات الصادرة منها، ويعين القانون الاختصاصات الاخرى للمحكمة وينظم الاجراءات التي تتبع امامها).

نلاحظ مما سبق اختلاف تجربة كل من البلدان الثلاثة (الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا ومصر) اذ ان :

١- نجد ان الولايات المتحدة الامريكية لا تعتمد على رقابة الالغاء وانما الامتناع بينما في مصر وفرنسا تعتمدان رقابة الالغاء .

٢- نجد ان في فرنسا مجلس دستوري يمارس الرقابة على دستورية القوانين السابقة واللاحقة بينما في مصر والولايات المتحدة الامريكية تعتمدان على الرقابة اللاحقة وحسب ، ولهما محكمة دستورية عليا في مصر ومحكمة عليا في الولايات المتحدة الامريكية .

٣- تمارس الرقابة في فرنسا جهة مختصة وكذا الحال في مصر بينما في الولايات المتحدة الامريكية نجد ان اغلب المحاكم تمارس الرقابة على الدستورية على الرغم من وجود محكمة عليا فيها .

٤- في تشكيلات المحاكم نجد ان في المحكمة الدستورية العليا في مصر تضم فضلا عن القضاة محامون واساتذة الجامعات ، اما في فرنسا فلا يشترط كون الاعضاء المعينون في المجلس من القضاة ، اذ تضم الاعضاء بحكم القانون وهم رؤساء الدولة السابقون ، وفي الولايات المتحدة الامريكية يشترط فيهم ان يكونوا من القضاة حصرا .

المطلب الثاني
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق

المحاكم الدستورية المتخصصة عبر تاريخ العراق الحديث تصدر احكاما دستورية بصورة حصرية دون ان تشاركها في ذلك أي محكمة اخرى وهذا مشابه لما في مصر ومختلف عما عليه الحال في الولايات المتحدة الامريكية اذ ان الاخيرة تعتمد

النظام اللامركزي في الرقابة على دستورية القوانين بينما في العراق ومصر تتبع النظام المركزي في الرقابة على دستورية القوانين

ولما كانت الدراسة تتعلق بالعراق خصوصا فإننا سنبحث في الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري قبل عام ٢٠٠٣ وبعد عام ٢٠٠٣ وكالاتي:

الفرع الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق قبل عام ٢٠٠٣.

الفرع الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٣.

الفرع الاول
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق قبل عام ٢٠٠٣

عرف العراق البت بدستورية القوانين منذ نشوء الدولة العراقية، ففي ظل القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ الملغى انشئت محكمة سميت بالمحكمة العليا وذلك للبت في المسائل الدستورية نصت عليها المادة ٨٢ /٣ من القانون الاساسي

وتتألف المحكمة العليا من ثمانية اعضاء عدا الرئيس ينتخبهم مجلس الاعيان اربعة من بين اعضائه واربعة من حكام محكمة التمييز او غيرهم من كبار الحكام وتنعقد برئاسة رئيس مجلس الاعيان واذا لم يتمكن الرئيس من الحضور يترأس جلسة المحكمة نائبه[١].

اما اختصاصاتها فقد نص عليها القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ الملغى وجعلها بشكل حصري في المادة ٨١ منه وهي:

١. محاكمة الوزراء واعضاء مجلس الامة المتهمين بجرائم سياسية او بجرائم متعلقة بوظائفهم العامة.
٢. محاكمة حكام محكمة التمييز عن الجرائم الناشئة عن وظائفهم.
٣. البت في الامور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الاخرى لاحكامه.

(١) د.ايناس محمد البهجي و د. يوسف المصري، مصدر سابق، ص ١٩٥.

وقد مارست المحكمة اختصاصاتها بالرقابة على دستورية القوانين بطعنها بقانون منع الدعايات المضرة رقم ٢٠لسنة ١٩٣٨ والغت بعض مواده [١]،ولم يحدث ان نظرت المحكمة العليا بدستورية المراسيم التشريعية الصادرة من السلطة التنفيذية رغم مخالفتها لاحكام الدستور. ومارست اختصاصها في مجال تفسير الدستور في المواد (٢٠-٢٢) من الدستور [٢].

ويخرج عن اختصاص المحكمة العليا محاكمة الوزراء الاتحاديون واعضاء مجلس الاتحاد العربي الذي انشأ بين العراق والاردن الذي صدر بموجبه دستور الاتحاد العربي في ١٩٥٨/٣/٢٩ الملغى اذ نص على تشكيل محكمة عليا تتألف من رئيس وستة اعضاء ثلاثة منهم من محكمة التمييز في كل من دولتي الاتحاد او كان في مستواهم من كبار رجال القانون [٣]، واختصاصات المحكمة العليا التابعة لدولة الاتحاد العربي هي:

١. محاكمة اعضاء مجلس الاتحاد ووزراء الاتحاد.
٢. الفصل في الخلافات التي تقع بين حكومة الاتحاد وواحد او اكثر من اعضائه او التي تقع بين الاعضاء انفسهم.
٣. اعطاء المشورة القانونية في المسائل التي يحيلها عليها رئيس مجلس ووزراء الاتحاد.
٤. تفسير دستور الاتحاد وتكون لقراراتها الصادرة في هذا الشأن قوة النص المفسر.
٥. مراقبة دستورية القوانين والمراسيم الاتحادية بناءً على طلب من رئيس مجلس وزراء الاتحاد ورئيس مجلس وزراء احدى الدول الاعضاء ويعد القرار الصادر بعدم دستورية القانون او المرسوم ملغيا من تاريخ صدور القرار.

---

(١) مكي ناجي، المحكمة الاتحادية العليا في العراق، النجف: دار الضياء للطباعة والتصميم، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٢٨.

(٢) د. ايناس محمد و د. يوسف المصري، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٣) د. ايناس محمد و د. يوسف المصري ، مصدر سابق ، ص ٢٠٠.

٦. استئناف الاحكام القطعية الصادرة من حكام الدول الاعضاء اذا تضمنت هذه الاحكام الفصل في نزاع ذي مساس باحكام هذا الدستور او أي قانون اتحادي.

٧. استئناف الاحكام الصادرة من المحاكم الاتحادية وفقا للقوانين.

اما دستور ١٩٥٨ الملغى فلم يتضمن أي اشارة الى انشاء محكمة دستورية تفصل في النزاعات الدستورية كالرقابة على دستورية القوانين او تفسير نصوص الدستور او أي اختصاص اخر، الا ان هناك رأي فقهي[١] يرى ان عدم النص على الرقابة على دستورية القوانين لا تعني نفيها بل تجيز القواعد العامة ممارسة الرقابة على الدستورية بطريق الامتناع.

ونعتقد ان هذا الرأي من البديهيات ، اذ ان رقابة الالغاء تستوجب وجود نص قانوني ينص عليها في حين ان رقابة الامتناع لا تحتاج الى نص قانوني .

في حين نص دستور ١٩٦٨/٩/٢١ الملغى في المادة ٨٧ منه على انه (تشكل بقانون محكمة دستورية عليا تقوم بتفسير احكام هذا الدستور والبت بدستورية القوانين وتفسير القوانين الادارية والمالية والبت بمخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاه ويكون قرارها ملزما).

وفعلا صدر قانون المحكمة رقم ١٥٩ لعام ١٩٦٨ الملغى ونص في المادة ١ منه على تشكيل المحكمة اذ تتشكل المحكمة بموجب هذا القانون من رئيس محكمة التمييز وثمانية اعضاء اصليين واربعة اعضاء احتياط ، والاعضاء الاصليون منهم (رئيس مجلس الرقابة المالية ورئيس ديوان التدوين القانوني وستة اعضاء يعينهم مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل، ويصدر تعيينهم بمرسوم جمهوري على ان يكون ثلاثة منهم من اعضاء محكمة التمييز الدائميين والثلاثة الاخرون من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجتهم عن مدير عام، اما الاعضاء الاحتياط فمنهم حاكمان من حكام محكمة التمييز واثنان من كبار موظفي الدولة ممن لا تقل درجاتهم عن درجة مدير عام، ويتم تعيين الاعضاء الاحتياط بالطريقة نفسها في تعيين الاعضاء الستة الاصليين. اما مدة العضوية فهي ٣ سنوات قابلة للتجديد.

---

(١) مكي ناجي، مصدر سابق، ص ٢٩.

وقد حددت المادة ٤ من قانون المحكمة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ الملغى اختصاصات المحكمة وهي:

١. تفسير احكام الدستور.
٢. البت بدستورية القوانين.
٣. تفسير القوانين الادارية والمالية.
٤. البت في مخالفة الانظمة للقوانين الصادرة بمقتضاها
٥. البت في المراسيم لسندها القانوني.

لم تمارس المحكمة الدستورية العليا أي شكل من اشكال الرقابة على دستورية القوانين[١].

اما بعد ذلك فقد صدر دستور ١٩٧٠ /٧/١٦ الملغى ولم يتضمن نصا بإلغاء الدستور السابق دستور ١٩٦٨ الملغى ولم يشر الى الغاء المحكمة الدستورية العليا الا ان الواقع السياسي الذي كان يعيشه العراق ادى الى وقف العمل بقانون المحكمة رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ الملغي، ويشير رأي فقهي [٢] الى ان عدم تضمن دستور ١٩٧٠النص مماثل لنص المادة ٨٧ من دستور ١٩٦٨ الملغى ادى ذلك الى سقوط السند القانوني لإنشاء المحكمة، ورغم عدم وجود محكمة دستورية تمارس الرقابة على دستورية القوانين بعد صدور دستور ١٩٧٠ الا ان القضاء العراقي مارس تلك الرقابة عن طريق الامتناع عن تطبيق النص المخالف للدستور عندما امتنعت احدى المحاكم في بغداد عن تطبيق احد قرارات مجلس قيادة الثورة المنحل لمخالفته للدستور [٣].

نلاحظ مما سبق ان تشكيل المحاكم الدستورية في العراق قبل عام ٢٠٠٣ لم يشترط فيه ان يكون كل اعضاء المحكمة من القضاة بل ادخل في اعضائها ممن هم من غير القضاة سواء في المحكمة العليا المنشأة بموجب القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ الملغى ام المحكمة الدستورية العليا التي اشار لها دستور ٢١/ ايلول /١٩٦٨ الملغى .

---

(١) د. ايناس محمد و د. يوسف المصري، مصدر سابق ، ص ٢٠٧.

(٢) مكي ناجي، مصدر سابق، ص ٣٣.

(٣) مكي ناجي، مصدر سابق، ص ٣٢.

وايضا نلاحظ ان القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ الملغى نص على اختصاص المحكمة في البت في الامور المتعلقة بتفسير الدستور وموافقة القوانين الاخرى لاحكامه وكذلك دستور ٢١/ايلول /١٩٦٨ الملغى نص على اختصاص المحكمة في البت بدستورية القوانين .

اذا فالمحاكم الدستورية قبل عام ٢٠٠٣ لم تنص على الرقابة على دستورية القوانين وانما فقط البت بدستورية القوانين هذا اولا ، اما ثانيا فنجد ان تشكيل المحاكم الدستورية لم يقتصر على القضاة بل دخل في تشكيلها من هم من غير القضاة .

الفرع الثاني
الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٣

تأسست في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لسنة ٢٠٠٤ الملغي المحكمة الاتحادية العليا، اذ نص في م/٤٤ فقرة هـ على آلية تشكيلها أذ تتألف من تسعة أعضاء، يقوم مجلس القضاء الأعلى بترشيح مالا يقل عن ١٨ الى ٢٧ مرشحاً الى مجلس الرئاسة بعد التشاور مع المجالس القضائية للأقاليم، ويقوم بالطريقة نفسها فيما بعد بترشيح ثلاثة اعضاء لكل شاغر لاحق يحصل بسبب الوفاة او الاستقالة او العزل، ويقوم مجلس الرئاسة بتعيين اعضاء المحكمة وتسمية رئيسها الذي يشغل منصب رئيس مجلس القضاء الاعلى ايضاً.

من الامور التي تسترعي الانتباه في قانون ادارة الدولة العراقية لسنة ٢٠٠٤ الملغي وقانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ أنها لم تحدد الشروط الواجب توافرها في المرشح لعضوية المحكمة وكان الاجدر تحديد شروط العضوية كما أن اعضاءها يستمرون في الخدمة دون تحديد حد أعلى للعمر الا أذا رغب احد اعضائها بترك الخدمة[1].

(١) د. حميد حنون خالد ، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق ،٢٠١٢ ، ص ١٨٤. د. غازي فيصل، مصدر سابق ، ص ١١.

وقد حدد قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغي اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في المادة (٤٤/ب) وهي:

١. الاختصاص الحصري والاصيل في الدعاوى بين الحكومة العراقية الانتقالية وحكومات الاقاليم وادارات المحافظات والبلديات والادارات المحلية.
٢. الاختصاص الحصري والاصيل وبناءً على دعوى من مدع او بناءً على إحالة من محكمة أخرى في دعوى بأن قانوناً او نظاماً أو تعليمات صادرة عن الحكومة الاتحادية او الحكومات الاقليمية او ادارات المحافظات والبلديات والادارات المحلية لا تتفق مع هذا القانون.
٣. تحدد الصلاحيات الاستئنافية التقديرية للمحكمة الاتحادية العليا بقانون اتحادي.

وعليه فقد ترك قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ تحديد اختصاصات المحكمة للقانون ، وفعلاً صدر القانون ذي الرقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة الاتحادية العليا ونص على اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في م/٤ منه وهي كالا تي:-

١. الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية.
٢. الفصل في المنازعات المتعلقة بشرعية القوانين والقرارات والانظمة والتعليمات والاوامر الصادرة من اية جهة تملك حق اصدارها والغاء التي تتعارض مع احكام قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية ويكون ذلك بناءً على طلب من المحكمة او جهة رسمية او من مدع ذي مصلحة.
٣. النظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات الصادرة من محكمة القضاء الاداري.
٤. النظر بالدعاوى المقامة امامها بصفة استئنافية وينظم اختصاصها بقانون اتحادي.

اما الملاحظات التي قيلت[1] بصدد م /٤٤/ب من قانون ادارة الدولة لمرحلة الانتقالية ٢٠٠٤ وقانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الاتي:-

(١) د. غازي فيصل، مصدر سابق، ص ٢٤ وما بعدها.

١. حددت اختصاصات المحكمة الاتحادية قبل أن يتم انشاؤها في قانون ادارة الدولة العراقية في حين أن الانشاء يسبق تحديد الاختصاصات.
٢. ان الرقابة على الدستورية في قانون ادارة الدولة العراقية تتعلق بالقانون والنظام والتعليمات في حين ان قانون المحكمة اضاف اليها القرارات والاوامر ومع ذلك فان التعداد الذي جاء به قانون ادارة الدولة وقانون المحكمة غير المرغوب فيه لان عبارة (القرارات الادارية) لو تم استعمالها في النص لشملت الانظمة والتعليمات والاوامر.
٣. وردت في م /٤/ثانياً من قانون المحكمة عبارة (الصادرة من جهة تملك حق اصدارها وهذه عبارة غير دقيقة لان الجهات التي تصدر التشريعات المشار اليها في النص تملك اختصاصات وليست حقوق.
٤. وردت في م/٤/ثالثاً من قانون المحكمة السالف الذكر انها تنظر في الطعون المقدمة على الاحكام والقرارات من محكمة القضاء الاداري وهذا اختصاص مستحدث لا سند له في قانون ادارة الدولة العراقية والاخير حدد اختصاصات المحكمة على وجه الحصر والالزام ويجوز الطعن بعدم دستوريتها[١].

وايضاً يلاحظ ان قانون ادارة الدولة العراقية لسنة ٢٠٠٤ الملغي وقانون المحكمة الاتحادية العليا العراقي رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ لم يعط اختصاص نظر طلب تفسير الدستور المباشر[٢].

نلاحظ ان قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى نص في المادة ٤٤/ب على اختصاص البت بدستورية القوانين وليس الرقابة على دستورية القوانين وكذا حال قانون المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ في المادة ٤/ثانيا منه ، كما يستشف من نص المادة ٤٤/هـ من قانون ادارة

(١) علي هادي عطية، مصدر سابق، ص ١٩٧.

(٢) علي سعد عمران، اختصاص المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على احكام محكمة القضاء الاداري، مجلة رسالة الحقوق، العدد الثاني، ٢٠٠٩، ص ١٣٢.

الدولة سالف الذكر ان عضوية المحكمة تقتصر على القضاة حصرا لان الترشيح يكون من مجلس القضاء الاعلى بعد التشاور مع المجالس القضائية للاقاليم .

اما دستور ٢٠٠٥ العراقي فقد وضع الأساس الدستوري للمحكمة الاتحادية العليا ليضمن استمرارها وترك تفاصيل تشكيلها لقانون لاحق يسن بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب

فقد نصت المادة ٩٢ من الدستور على ان (تتكون المحكمة الاتحادية العليا من عدد من القضاة وخبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء القانون يحدد عملهم وتنظم طريقة اختيارهم وعمل المحكمة بقانون يسن بأغلبية ثلثي اعضاء مجلس النواب).

نلاحظ ان الدستور لم يحدد طريقة تشكيلها ولا عدد اعضائها ولا كيفية اختيارهم ولا عمل المحكمة، وهناك رأي فقهي[١] يرى بان عدم تحديد عدد اعضاء المحكمة الاتحادية وترك ذلك لقانون عادي بمثابة افساح المجال للسلطة التشريعية بالتدخل بهذه المؤسسة المهمة التي تعد حكما وسطا بين بقية سلطات الدولة ويرجع لها ضمان التقيد بالدستور من تعسف باقي السلطات بالفعل او بالعمل.

اما اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا وفق دستور ٢٠٠٥ فقد نصت عليها المادة / ٩٣ وهي:

١. **الرقابة على دستورية القوانين والانظمة:-**

ولا ريب في ان الرقابة على دستورية القوانين هو من صلب اختصاص المحكمة الا أن الرقابة على دستورية الانظمة محل نظر لأنها قرارات ادارية تنظيمية وان محكمة القضاء الاداري تملك اختصاص النظر في صحة الاوامر والقرارات الادارية التي تصدر من الموظفين والهيئات في دوائر الدولة والقطاع العام التي لم يعين القانون مرجعاً للطعن فيها بحسب ما نصت على ذلك المادة ٧/ رابعا من قانون مجلس شورى الدولة رقم ٦٥ لسنة ١٩٧٩ المعدل لذا كان الاصوب ترك الرقابة عليها

(١) علي هادي، مصدر سابق، ص ١٨٢.

للمحكمة المذكورة [١]، وفعلا تم انشاء المحكمة الادارية العليا انيط بها هذا الاختصاص بموجب التعديل الخامس في عام ٢٠١٣ لقانون مجلس شورى الدولة السالف الذكر. **اذ ان المحكمة الاتحادية العليا تختص بالفصل في عدم دستورية نظام ، اما المحكمة الادارية العليا فهي تختص بالفصل بعدم مشروعيته، اي ان مخالفة القرارات والانظمة للقوانين العادية من اختصاص المحكمة الادارية العليا اما مخالفتها للدستور فتفصل فيها المحكمة الاتحادية العليا (م ٧من قانون مجلس شورى الدولة) .**

نعتقد ان المحكمة الاتحادية العليا لا تمارس اختصاص الرقابة على دستورية القوانين انما تمارس اختصاص البت بدستورية القوانين التي يطعن بعدم دستوريتها ليس الا، فاذا تعمقنا بنص الدستور نجد انه اعطاها اختصاص الرقابة على الدستورية، اي لها الحق في التصدي للقانون غير الدستوري، وهذا الاختصاص من ضمن الاختصاصات المعطاة للمحكمة الدستورية العليا في مصر، اذ للمحكمة الدستورية العليا في مصر حق التصدي للقانون او النظام المشكوك بعدم دستوريته والبت فيه مباشرة دون ان يقدم طلب من قبل احد الخصوم للبت بالدستورية ، بل يكون البت بالدستورية من تلقاء نفسها ويكون بمناسبة نظر نزاع مطروح امامها [٢]، وكذا الحال في المجلس الدستوري الفرنسي .

ونعتقد ايضا ان القاضي الدستوري اذا ما تصدى للقانون الغير الدستوري لا يكون خصما في دعوى، انما يوصف موقفه هذا مدافعا عن الدستورية وحماية القانون، فهو لا يبغي مصلحة خاصة او نفع شخصي، فهو اداة لحماية القانون، وتصرفه هذا نابع من مقتضيات المصلحة العامة، اذ ان اختصاص القاضي الدستوري هو مراقب للمشروعية لذلك يكون له حق التصدي للقوانين الغير الدستورية[٣].

---

(١) ينظر في ذلك: د. غازي فيصل، مصدر سابق، ص ٢٨،كما انه عدد الفوائد التي يحصل عليها فيما لو طعن فيه امام القضاء الاداري ولمزيد من التفصيل راجع ذلك في: د. غازي فيصل، المصدر نفسه، ص ٣٠ وما بعدها.

(٢) محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص ٣٥٦.

(٣) نصت المادة ٢٧ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على انه (يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية أي نص في قانون او لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة

ونعتقد ايضا ان الرقابة على دستورية القوانين من المفترض ان تشمل الرقابة على الامتناع التشريعي اي اذا امتنع المشرع عن تنظيم قانون معين كان الدستور قد نص على ان ينظم من قبل السلطة التشريعية بقانون لاحق ومن الدول التي اعطت لجهات الرقابة على دستورية القوانين حق الرقابة على امتناع المشرع من اصدار قانون معين كالبرتغال في المادة ٢٨٣ من دستورها، والمجر في المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٩[١].

نلاحظ انه لم ينص على اختصاص الرقابة على دستورية القوانين في اي محكمة دستورية في العراق قبل عام ٢٠٠٥ ولذا ينبغي على المشرع العراقي تنظيم الرقابة على دستورية القوانين في قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ النافذ او في نظامها الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ النافذ لان القوانين الحالية انشئت لتنظيم اختصاص البت بدستورية القوانين المنصوص عليها في قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى ، وكذلك الحال الرقابة على الامتناع التشريعي .

٢. **تفسير نصوص الدستور.**

يقوم القضاء الدستوري بالتفسير بحكم طبيعة وظيفته فعندما يطبق القانون على القضايا المنظورة من قبله سيواجه مشكلات معينة كالغموض او النقص او التعارض فيستنبط الاحكام للوقائع المعروضة عليه[٢]. ويتميز التفسير القضائي بالطابع العلمي لان القضاء يواجه واقع الحياة، فهو في تفسيره للتشريع يتأثر بالظروف المحيطة ويسعى الى جعل احكام القانون متماشياً مع حاجيات المجتمع وتطور اوضاعه خاصة

اختصاصاتها ويتصل بالنزاع المطروح عليها وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية). أي ان المحكمة تستطيع ان تتصدى لبحث دستورية نص في قانون او لائحة وهي تمارس أي اختصاص من اختصاصاتها، وهي لا تمارس حق التصدي الا بمناسبة دعوى مقبولة امام المحكمة وصالحة للفصل فيها. عبير حسين السيد ، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، القاهرة: دار النهضة العربية،٢٠٠٩،ص ٥٠٣.

(١) عبير حسين، مصدر سابق، ص ٣٦٨.

(٢) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بغداد: دار الكتب للطباعة والنشر، ص ١٢١.

ما يتعلق بالمفاهيم النسبية التي تتغير مدلولاتها في الزمان والمكان واعتبارات الوسط الاجتماعي[١] كما نلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا تختص بتفسير الدستور دون القوانين العادية[٢].

نجد أن الدستور لم يحدد الجهة التي تطلب تفسير نصوصه، ولكن يبدو من الآراء التي اصدرتها المحكمة انها تقبل طلب التفسير ان ورد من جهة رسمية في الدولة كأن تكون مجلس النواب أو رئيس الجمهورية، حيث ورد في قرار لها "... ان طلب التفسير ينبغي ان يقدم من مجلس الرئاسة ومجلس النواب ومجلس الوزراء والوزراء وليس من الكتل السياسية او الاحزاب او منظمات المجتمع المدني... "[٣].

٣. الفصل في القضايا التي تنشأ عن تطبيق القوانين الاتحادية والقرارات والانظمة والتعليمات والاجراءات الصادرة عن السلطة الاتحادية ويكفل القانون حق كل من مجلس الوزراء وذوي الشأن من الافراد وغيرهم حق الطعن المباشر لدى المحكمة.

ويذهب رأي الى ان النص الدستوري كان غير موفق في اناطة الاختصاص المذكور بالمحكمة الاتحادية العليا لأنه سيتداخل مع اختصاصات محاكم الدرجة الاولى في القضائين العادي والاداري[٤]. فضلا عن عدم دقة عبارة والقرارات والانظمة كما وضحنا ذلك سابقاً.

---

(١) عبد الباقي البكري وزهير البشير، مصدر سابق، ص ١٣١: ينظر د. حيدر ادهم عبد الهادي، قراءات في الرقابة على دستورية تفسير القوانين، مجلة التشريع والقضاء، العدد ٤ السنة الاولى ٢٠٠٩ وذلك لبيان الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة للاختصاص المحكمة الاتحادية العليا بتفسير نصوص القانون.

(٢) ينظر: د. حيدر ادهم عبد الهادي قراءات في الرقابة على دستورية تفسير القوانين، مصدر سابق، ص ١٤٢ حيث يبحث مدى اختصاص المحكمة بتفسير القوانين والحجج التي قبلت بهذا الصدد وكيف ان تفسير المحكمة يمكن ان يكون بمثابة تعديل للدستور.

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٢٦ /اتحادية /٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٦/٢٣ النشور في مجلة احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام ٢٠٠٨ و٢٠٠٩ ، المجلد الثاني، نيسان ٢٠١١ ، ص ١٤.

(٤) د. غازي فيصل، مصدر سابق، ص ٣٤.

٤. الفصل في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية وحكومات الاقاليم والمحافظات والبلديات والادارات المحلية، ويرى البعض ان من غير المقبول ان تنظر المحكمة الاتحادية العليا في المنازعات التي تحصل بين الحكومة الاتحادية والمحافظات والبلديات والادارات المحلية لان الاخيرة تعمل وفق مبدأ اللامركزية الادارية كما صرحت بذلك م/١٢٢/ثانياً من دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ وهذه المنازعات تختص بها جهات القضاء العادي او الاداري[١].

٥. الفصل في المنازعات التي تحصل بين حكومات الاقاليم او المحافظات.

يذهب رأي فقهي الى انه من غير المقبول ان تنظر المحكمة الاتحادية في المنازعات التي تنشأ بين المحافظات لان محكمة القضاء العادي او الاداري اولى بها اختصاصاً [٢].

٦. الفصل في الاتهامات الموجهة الى رئيس الجمهورية ورئيس مجلس الوزراء والوزراء وينظم ذلك بقانون.

٧. المصادقة على النتائج النهائية للانتخابات العامة لعضوية مجلس النواب هنا يثور التساؤل الاتي: هل ان المصادقة شكلية تحصل في حالة عدم وجود اعتراضات او في حالة وجود اعتراضات واستنفادها طرق الطعن المقررة بالدستور ام انها تحتاج الى تمحيص وتدقيق في العملية الانتخابية برمتها والتوثق من اجرائها على وفق احكام القانون، واذا لم تحصل المصادقة هل تعاد الانتخابات العامة مرة اخرى[٣].

٨. أ- الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية للأقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم.

---

١ د. غازي فيصل، المصدر السابق،ص٣٨.

٢ د. غازي فيصل، المصدر السابق، ص٣٨.

(٣) د. غازي فيصل، المصدر السابق، ص ٤١.ويرى د. حميد حنون خالد (ان هذا الاختصاص شكلي ولا قيمة له وسيؤدي الى تعطيل اعلان النتائج الانتخابية دون مبرر لان الجهة المسؤولة عن عملية الانتخاب بكاملها هي المفوضية العليا المستقلة لانتخابات) ينظر بحثه الموسوم بـ السلطات الاتحادية في دستور العراق لسنة ٢٠٠٥،مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، مجلد ٢٤، العدد ١، ٢٠٠٩،ص ٦٠.

ويذهب احد الفقهاء[١] الى انه من المرفوض اناطة الفصل في تنازع الاختصاص بين القضاء الاتحادي والهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة في اقليم بالمحكمة المذكورة لان الهيئات القضائية في المحافظات غير المنتظمة في اقليم تتبع القضاء الاتحادي وتخضع لإشراف محكمة التمييز الاتحادية واذا حصل تنازع في الاختصاص بين المحاكم المذكورة فانه يقضي طبقاً لاحكام المادتين (٧٨و٧٩)[٢] من قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل.

ب- الفصل في تنازع الاختصاص فيما بين الهيئات القضائية للاقاليم او المحافظات غير المنتظمة في اقليم. ويرى البعض انه اذا حصل تنازع في الاختصاص بين محاكم المحافظات غير المنتظمة في اقليم فان احكام المادتين (٧٨و٧٩) من قانون المرافعات السابق الذكر كفيل بحسمه[٣].

اما اختصاصات المحكمة التي تسير وفق هداها المحكمة الاتحادية العليا بعد صدور دستور ٢٠٠٥ المفروض ان تكون الاختصاصات التي نص عليها الدستور ملغية او معدلة للاختصاصات في قانون المحكمة رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥.

اما ما نراه من الناحية الواقعية فان المحكمة الاتحادية العليا تتجه صوب الدستور وقد حدد اختصاصاتها على سبيل المثال لا الحصر اي ان الدستور قد اضاف لاختصاصاتها المحدد في قانون المحكمة ونجد هذا التوجه في اغلب قرارات

---

(١) د. غازي فيصل، المصدر السابق، ص ٤٢.

(٢) نصت المادة ٧٨ على انه " اذا قضت المحكمة بعدم اختصاصها القيمي او الوظيفي او النوعي او المكاني وجب عليها ان تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة مع الاحتفاظ بما دفع من رسوم قضائية، وتبلغ الطرفين او الحاضر منهما بمراجعة المحكمة المحالة عليها الدعوى في موعد تعينه على ان لا يتجاوز الخمسة عشر يوما من تاريخ الاحالة، فاذا لم يحضرا او لم= =يحضر المبلغ منهما امام تلك المحكمة في الموعد المعين فتطبق احكام المادة ٥٤ من هذا القانون"

ونصت المادة ٧٩ " اذا رأت المحكمة المحالة عليها الدعوى انها لا تختص بنظرها فيكون قرارها قابلا للطعن تمييزا "

(٣) د. غازي فيصل، المصدر السابق، ص ٤٣ و ٤٤.

المحكمة الاتحادية اذ غالبا تستند في تأسيس اختصاصاتها الى المادة ٤ من قانون المحكمة والمادة ٩٣ من دستور ٢٠٠٥ معاً فضلا عن اختصاصاتها في قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم[١].

مما تقدم نلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق المشكلة وفق قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى بقى تشكيلها وفق هذا القانون رغم صدور دستور ٢٠٠٥ النافذ وما زالت تمارس الاختصاصات المنصوص عليها في قانون ادارة الدولة سالف الذكر رغم الغائه فضلا عن الاختصاصات المنصوص عليها وفق دستور ٢٠٠٥ النافذ الا انها لم تمارس الرقابة على دستورية القوانين وفق الدستور النافذ، وانما مارست البت بدستورية القوانين وفق قانون ادارة الدولة الملغى ، وان تشكيلها من قضاة وفقهاء من القانون وخبراء في الفقه الاسلامي لم ينفذ ، ولم يصدر قانون المحكمة وفق دستور ٢٠٠٥ النافذ ، انما مازال القانون رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ قانون المحكمة المشكلة وفق قانون ادارة الدولة العراقية ساري المفعول .

لذا نلاحظ ان دستور ٢٠٠٥ النافذ لم يطبق بشأن تشكيل المحكمة واختصاصاتها ايضا ومنها على وجه الخصوص الرقابة على دستورية القوانين ، اذ ينبغي على المشرع اصدار قانون للمحكمة الاتحادية بما يتوافق مع دستور ٢٠٠٥

---

(١) نجد في قرار المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٥ /اتحادية /٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٨ المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣ ، المجلد السادس ، ص ٥٢ انه "... كما ان اختصاصات المحكمة الاتحادية العليا في قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ قد وردت حصرا في ذات الموضوع المشار اليه اعلاه... ".

والقرار المرقم ٣٥ / اتحادية /٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٢٢ المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ ، المجلد الثاني ، نيسان ٢٠١١ ، ص ١٩٩. اذ نصت على انه "... وجد ان اختصاصها بنظر القضايا الناشئة عن تطبيق احكام قانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ قد ورد حصرا في المواد (٧/ثامنا /٤) و (٢٠/ثالثا /٢) و (٣٨) وليس في هذه المواد ما يشير الى اختصاص المحكمة الاتحادية العليا بالبت بطلبات المدعين الواردة في= =الدعوى وكذلك المادة ٩٣ من دستور جمهورية العراق والمادة ٤ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥...".

بشأن ضمها فضلا عن القضاة خبراء في الفقه الاسلامي وفقهاء في القانون وايضا معالجة اختصاص الرقابة على دستورية القوانين الذي يشمل حق التصدي للقانون غير الدستوري ، فدستور ٢٠٠٥ وافق الدساتير التي صدرت قبل عام ٢٠٠٣ بشأن كون عضوية المحكمة لا تقتصر على القضاة انما تشمل من هم من غير القضاة وخالفها في جعل اختصاصها لا يقتصر على البت بالدستورية انما الرقابة على دستورية القوانين .

اما بخصوص مقارنة تجربة العراق مع تجربة الولايات المتحدة الامريكية وفرنسا ومصر فنجد ان في العراق انشئت محكمة دستورية كما الحال في الولايات المتحدة الامريكية ومصر ، ولم يقصر عضوية المحكمة على القضاة حصرا – ماعدا تشكيلها وفق قانون ادارة الدولة العراقية الملغى – كما الحال في فرنسا ومصر ، وكان اختصاصه بالرقابة على الدستورية رقابة الغاء كما في فرنسا ومصر ، وحكم الالغاء يسري باثر مباشر كما في فرنسا – وان كان حكم الالغاء في فرنسا قد يسري من تاريخ صدور الحكم او من تاريخ لاحق يحدده المجلس الدستوري – واخذ العراق بالرقابة على دستورية القوانين من تجارب الدول الاخرى وليس من تجربته التي كانت حتى عام ٢٠٠٤ البت بعدم الدستورية .

خـاتمـــة

اولا: نتائج

١. يعـرف الحكـم القضـائي الدسـتوري بانـه اعـلان لفكـرة القاضـي الدسـتوري تجـاه مـا يعـرض عليـه مـن مسـائل وهـو حكـم قطعـي بصـدوره تسـتنفذ المحكمـة ولايتهـا فيمـا فصلت فيه.

٢. العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري يـراد بـه احـلال ارادي واضـح ومؤكـد لحكـم جديـد محـل حكـم اخـر فـي موضـوع الـدعوى نفسـها وحيثياتهـا السـابقة ، وهـذا التعريـف يشـمل كـل عناصـر العـدول وهـي الوضـوح والارادية والكليـة، والوضـوح يقتضـي ان يكـون العـدول عـن مبـدأ قضـائي معـين الـى مبـدأ قضـائي اخـر متعـارض مـع الاول، والارادية تعنـي ان يـتم العـدول بـإرادة القاضـي المحضـة ولـيس لسـبب خـارج عـن ارادة القاضـي كتعـديل الدسـتور او ضـغط السـلطات العامـة او حجيـة بعـض احكـام المحـاكم العليـا، والكلية في العدول تعني ان العدول يصيب المبدأ القضائي ككل وليس جزء منه.

٣. يضـيف بعـض الفقـه الـى تعريـف العـدول عنصـر رابـع وهـو التأكيـد القضـائي اللاحـق للعـدول القضـائي ، وهـذا العنصـر غيـر ثابـت ولا يمكـن عـده كـذلك بسـبب احتماليـة عـدم رفـع دعـوى بموضـوع الـدعوى السـابقة نفسـها وبالتـالي ينتفـي هـذا العنصـر وينتفـي معه العدول.

٤. العـدول يكـون عـن الحكـم الدسـتوري القـديم الحـائز درجـة البتـات الـى حكـم جديـد يتشـابه مع موضوع الحكم القديم وحيثياته ويختلف معه في اطراف الدعوى.

٥. اهميـة العـدول تتجسـد فـي كونـه داعـم للدسـتور، اذ انـه يقـع علـى عـاتق المحـاكم الدسـتورية حمايـة الدسـتور مـن الانتهـاك او الخـروج عـن نصوصـه وذلـك عـن طريـق اللجـوء الـى الرقابـة علـى الدسـتورية بمفهومهـا الواسـع والـذي يشـمل البـت بدسـتورية القـوانين وحـق المحكمـة فـي التصـدي للقـانون غيـر الدسـتوري والرقابـة علـى الامتنـاع التشـريعي. كمـا تتجسـد اهميـة العـدول فـي كونـه داعـم للحقـوق والحريـات الاساسـية للأفـراد اذ ان المحكمـة تعـدل عـن قراراتهـا السـابقة اذا مـا ادى العـدول الـى حمايـة حقـوق الافـراد وحريـاتهم الاساسـية او الزيـادة فيهـا. كمـا تتجسـد الاهميـة فـي كونـه

وسـيلة لتصـحيح احكـام دسـتورية سـابقة، ومـن الاهميـة بمكـان تصـحيح الاحكـام الدستورية الخاطئة وذلك عن طريق العدول عن الحكم السابق .

٦. يعـد العـدول الوسـيلة الوحيـدة لتصـحيح الحكـم الدسـتوري احكـام المحـاكم الدسـتورية تكـون علـى درجـة واحـدة مـن درجـات التقاضـي. كمـا انـه وسـيلة لتفـادي انكـار العدالـة، اذ قـد تصـدر احكـام دسـتورية تقضـي بعـدم اختصـاص المحكمـة الدسـتورية بنظـر الدعوى ويكون العدول وسيلة لتفادي هذا الانكار.

٧. ان القاضـي الدسـتوري اذا مـا تصـدى للقـانون غيـر الدسـتوري لا يكـون خصـما فـي الـدعوى وانمـا يوصـف موقفـه هـذا دفاعـا عـن الدسـتورية وحمايـة القـانون فهـو لا يبغـي مصـلحة خاصـة او نفـع شخصـي فهـو اداة لحمايـة القـانون وتصـرفه هـذا نـابع مـن مقتضـيات المصـلحة العامـة، اذ ان اختصـاص القاضـي الدسـتوري هـو الرقابـة علـى المشـروعية لـذلك يكـون لـه حـق التصـدي للقـوانين غيـر الدسـتورية. كمـا نعتقـد ان الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين تشـمل الرقابـة علـى الامتنـاع التشـريعي، اي يشـمل الرقابـة علـى امتنـاع المشـرع عـن تنظـيم قـانون معـين كـان الدسـتور قـد نـص علـى ان ينظم من قبل السلطة التشريعية بقانون لاحق.

٨. تتعـدد انـواع العـدول بحسـب جهـة التصـنيف، فقـد يقسـم مـن حيـث السـبب المـؤدي لـه علـى عـدول واقعـي واخـر قـانوني، وقـد يقسـم مـن حيـث الـزمن الـذي يسـتغرقه علـى عـدول مفـاجئ وعـدول تـدريجي، وقـد يقسـم ايضـا مـن حيـث اعـلان ارادة القاضـي الدسـتوري علـى عـدول صـريح وعـدول ضـمني، وقـد يقسـم حسـب مـنهج القاضـي الدسـتوري علـى عـدول محـدد وعـدول غيـر محـدد، امـا العـدول مـن حيـث اثـاره فيقسـم على عدول سلبي وعدول ايجابي.

٩. يجـب ان يكـون العـدول تعبيـر صـادق عمـا يطـرأ علـى المجتمـع مـن تغيـرات سياسـية واقتصـادية واجتماعيـة ليحقـق النتيجـة المرجـوة منـه، كمـا ان الحكـم الدسـتوري يتطـور ويتغيـر تبعـا للتغيـرات الفلسـفية والفكريـة السـائدة او التـي تسـيطر علـى نهـج المحكمـة الدسـتورية فـي تفسـير الدسـتور، ولعـل مرونـة المعـايير المعتمـدة مـن قبـل المحكمـة تعـد مـن اسـباب العـدول، اذ ان معـايير المحكمـة تتغيـر تبعـا لتغيـر الظـروف فمعاييرهـا

خـلال الظـروف العاديــة تختلـف عـن معاييرهـا خـلال الحـرب او خـلال فتـرة تهديـد داخلي او خارجي يصيب الدولة.

١٠. يشـترط فـي العـدول وجـود قضـاء مسـتقل، فـلا يمكـن ان يكـون سـبب العـدول ضـغط اي مــن الســلطات علــى المحكمــة الدســتورية، وكمــا يشــترط ان يكــون الهــدف مــن العدول تحقيق الصالح العام.

١١. تتبـع المحكمـة وسـائل متعـددة للعـدول فقـد تلجـأ الـى التمييـز اي المقارنـة بـين وقـائع القضـيتين السـابقة والحاليـة ليـرى ان كـان هنـاك اخـتلاف بـين القضـيتين ممايسـمح لـه بـان يحكـم بمـا يـراه مناسـبا او يتجاهـل الحكـم السـابق ولا يشـير لـه مطلقـا، او يعـدل صراحة عن الحكم السابق بان يصرح بانه سيعدل عن الحكم السابق.

١٢. يقـع العـدول علـى الحكـم القضـائي الدسـتوري بصـورة عامـة سـواء أكـان يعـد سـابقة قضـائية كمـا فـي الـدول الانكلوسكسـونية ام لـم يعـد كـذلك كمـا فـي الـدول اللاتينيـة، ونجـد التقـارب بـين كـلا النظـامين فـي ذلـك ، فـاذا كـان الـنهج القـانوني الانكلوسكسـوني لا يلتـزم التـزام مطلـق بحجيـة السـوابق القضـائية بـل لـه العـدول عنـه متـى مـا رأى ذلـك صـحيحا ، فـان الـنهج القـانوني اللاتينـي نجـد انـه يميـل نوعـا مـا الـى التقيـد بأحكامـه السـابقة وذلـك لتحقيـق الاسـتقرار القـانوني واشـاعة الثقـة والعـدل فـي القضـاء، الا ان ذلك لا يمنع عدوله احيانا عن احكام سابقة .

١٣. بالنسـبة لمشـروعية العـدول فـي الـدول التـي تتبـع الـنهج الانكلوسكسـوني يعـد القضـاء هـو مصـدر القاعـدة القانونيـة ، فالقاعـدة المطبقـة مـن قبـل المحـاكم العليـا تكـون ملزمــة للمحكمــة نفســها والمحــاكم الادنــى منهــا درجــة، لكــن مبــدأ الزاميــة الســوابق القضـائية لا يطبـق بصـورة جامـدة بـل يتمتـع بمرونـة كبيـرة لانـه لا يرتكـز علـى اسـاس تشـريعي انمـا هـو مبـدأ قـانوني مصـدره القضـاء. امـا فـي الـدول التـي تتبـع الـنهج اللاتيني فاحكامها السابقة غير ملزمة الا ان لها قيمة ادبية ويمكن العدول عنها.

١٤. لا يمكـن للمحـاكم الدسـتورية الخـروج عـن احكامهـا السـابقة بصـورة مطلقـة فهنـاك مـا يعيـق عـدولها الا وهـي المبـادئ العليـا للدسـتور والاسـتقرار والامـن القـانوني ومبـدأ سـمو الدسـتور، فالمبـادئ العليـا للدسـتور تـؤثر علـى العـدول فـي احكـام القضـاء

الدستوري لكون هذه المبادئ مستمدة من روح الدستور (الفكرة القانونية السائدة) او من التفسير الواسع لنصوص الدستور او من تقريب النصوص، ولتخفيف من هذا القيد نقول بما ان المبادئ العامة للدستور من صنع القاضي الدستوري عن طريق تفسير نصوص الدستور تفسيرا واسعا وبما ان القاضي يعدل عن حكمه الصادر بتفسير النص الدستوري فهو يستطيع في هذه الحالة العدول عن المبدأ القضائي الدستوري.

يؤثر سمو الدستور على العدول، فاحكام القضاء يجب ان تكون متوافقة مع الدستور بوصفه القانون الاسمى في الدولة ولا يمكن لاي من السلطات مخالفته، ويمكن العدول عن الحكم الدستوري غير المتوافق مع الدستور وذلك لتعزيز مبدأ المشروعية الدستورية. والامن القانوني والاستقرار القانوني يعدان قيد على العدول في احكام القضاء الدستوري بعدهما يؤثران على الثقة بالقانون واستقرار المعاملات والحق المكتسب وبعد ان احكام القضاء الدستوري في العراق لا تسري باثر رجعي فبالتالي لا يمكن ان تؤثر على الامن القانوني او استقرار المعاملات.

١٥. درجة البتات هي قطعية قرارات المحكمة الاتحادية العليا كالقرارات التفسيرية مثلا اي لا تقبل اي طريقة من طرق الطعن .

١٦. يتشابه كلا القضائين الاداري والدستوري في ان احكامهما قد تصدر من قضاء متخصص او قضاء عادي .

١٧. الاحكام الصادرة من القضاء الدستوري او الاداري قد تكون احكام تفسيرية (نصوص قانونية او دستورية) بحسب اختصاص كل منهما ، او تكون بالبت بدستورية او شرعية القرارات الادارية ، وكلاهما يكون حكم بالالغاء وله حجية مطلقة تجاه الكافة ، وحكم الالغاء يجعل النص او القرار ملغي دون ان يتعدى ذلك الى تعديل النص او استبداله .

١٨. تختلف حجية حكم الالغاء في القضاء الدستوري عنه في القضاء الاداري فالاخير اذا قضى بالغاء قرار اداري فانه يجعله كأن لم يكن وتمحى جميع اثاره القانونية التي ترتبت عليه ، اما في القضاء الدستوري فحكم الالغاء يسري من

التـاريخ الـذي يـنص عليـه القـانون سـواء اكـان مـن تـاريخ صـدور الحكـم ام بـاثر رجعـي ام من تاريخ لاحق تحدده المحكمة .

١٩. تختلـف تجربـة البلـدان كـل عـن الاخـرى فـي قضـاء الدسـتورية مـثلا (الولايـات المتحدة الامريكية وفرنسا ومصر) نجد ان :

أ- الولايـات المتحـدة لا تعتمـد علـى رقابـة الالغـاء وانمـا رقابـة الامتنـاع بينمـا فـي مصر وفرنسا يعتمدان على رقابة الالغاء .

ب-نجـد ان فـي فرنسـا مجلـس دسـتوري يمـارس الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين السـابقة واللاحقـة ، بينمـا فـي الولايـات المتحـدة الامريكيـة ومصـر تعتمـدان علـى الرقابـة اللاحقـة ولهمـا محكمـة دسـتورية عليـا فـي مصـر ومحكمـة عليـا فـي الولايات المتحدة الامريكية .

ت-تمـارس الرقابـة فـي فرنسـا جهـة مختصـة وكـذا الحـال فـي مصـر بينمـا فـي الولايـات المتحـدة الامريكيـة فضـلا عـن المحكمـة العليـا نجـد ان اغلـب المحـاكم تمارس الرقابة على الدستورية (رقابة امتناع) .

ث-فـي تشـكيلات المحـاكم نجـد ان فـي مصـر فضـلا عـن القضـاة هنـاك محـامون واسـاتذة جامعـات وامـا فـي فرنسـا لا يشـترط كـون الاعضـاء المعينـون فـي المجلـس مـن القضـاة والاعضـاء بحكـم القـانون هـم رؤسـاء الدولـة السـابقون بينما في الولايات المتحدة الامريكية يشترط ان يكونوا من القضاة حصرا .

٢٠. تجربـة العـراق فـي مجـال القضـاء الدسـتوري قبـل عـام ٢٠٠٣ كانـت بـدءا بالقـانون الاساسـي عـام ١٩٢٥ الملغـى اذ تـم وفقـه انشـاء محكمـة عليـا ووفـق دسـتور ٢١/ايلـول /١٩٦٨ الملغـى تـم الـنص علـى محكمـة دسـتورية عليـا لـم يقتصـر اعضـاء كـلا المحكمتـين علـى القضـاة فقـط بـل شـمل مـن غيـر القضـاة ايضـا ، اضـافة عـن ان اختصاصـاتهما لـم تكـن الرقابـة علـى الدسـتورية انمـا فقـط البـت بدسـتورية القـوانين وكـذلك الحـال وفـق قـانون ادارة الدولـة العراقيـة للمرحلـة الانتقاليـة لعـام ٢٠٠٤ الملغـى مارست فقط البت بدستورية القوانين .

٢١. نلاحظ ان العراق في دستور ٢٠٠٥ النافذ قد استفاد من تجربته التاريخية قبل عام ٢٠٠٣ ومن تجارب الدول الاخرى ، اذ انه نص على تشكيل المحكمة الاتحادية العليا من القضاة ومن فقهاء في القانون اما اضافة خبراء في الفقه الاسلامي فلم تتطرق لها القوانين المقارنة .

٢٢. ان دستور ٢٠٠٥ النافذ نص على اختصاص الرقابة على دستورية القوانين وهو اختصاص لم يسبق ان مارسه القضاء الدستوري في العراق و مارسته دول اخرى مثل مصر .

ثانيا: توصيات:

١. ندعو المشرع العراقي الى النص على نوع الرقابة التي تمارسها المحكمة الاتحادية العليا الا وهي رقابة الالغاء لان مثل هذا النوع من الرقابة يستوجب وجود نص صريح والا كانت رقابة امتناع لا الغاء. مع ملاحظة عدم وجود نص قانوني يبين نوع رقابة المحكمة هل هي الغاء ام امتناع، الا نص المادة ٤٤ الفقرة ج من قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية لسنة٢٠٠٤ الملغي الذي نص على " اذا قررت المحكمة الاتحادية العليا ان قانونا او نظاما او تعليمات جرى الطعن فيه انه غير متفق مع هذا القانون فيعتبر ملغيا "، بينما لا يوجد نص يضاهي هذا النص في دستور ٢٠٠٥ النافذ او قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ الذي نص في المادة ٤/ثانيا منه على " ...والغاء التي تتعارض منها مع احكام قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية ..." وليس دستور ٢٠٠٥ النافذ او في نظامها الداخلي رقم ١ لسنة ٢٠٠٥.

٢. ندعو المشرع العراقي الى ايراد نص قانوني يوضح سريان احكام المحكمة الاتحادية العليا فيما اذا كانت تسري باثر مباشر ام رجعي خاصة مع عدم وجود نص قانوني يبين ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا تسري باثر رجعي ام مباشر لا في دستور ٢٠٠٥ ولا في النظام الداخلي ولا في قانون المحكمة ولا في قانون ادارة الدولة للمرحلة الانتقالية السالف الذكر.

٣. نـدعو المحكمـة الـى العـدول عـن موقفهـا بالتقيـد باحكـام المـادة ٢٠٣ مـن قـانون المرافعـات المدنيـة رقـم ٨٣ لسـنة ١٩٦٩ المعـدل المتعلـق بأسـباب الطعـن تمييـزا، واذا كانـت المحـاكم التـي تتعـرض احكامهـا للطعـن ملزمـة بـان تتقيـد بـه، فـان مثـل هـذا الالـزام لا يمكـن ان يسـري علـى احكـام المحكمـة الاتحاديـة العليـا وذلـك لأنـه لا يمكـن الطعـن تمييـزا بأحكامهـا اولا، ولا يمكـن المقاربـة بـين الـدعوى الدسـتورية والـدعاوى المدنيـة والتجاريـة وغيرهـا لان الاولـى طبيعتهـا عينيـة يخاصـم الـنص القـانوني فيهـا ولـيس شـخص بعينـه، امـا المحـاكم المدنيـة فتكـون اطرافهـا اشـخاص طبيعيـة او معنويـة، وثالثـا ان المحكمـة الاتحاديـة العليـا لهـا اختصـاص الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين فهـي فضـلا عـن كونهـا تبـت فـي المسـائل الدسـتورية هـي تراقـب مشـروعية القوانين وذلك بحسب الاختصاص الممنوح لها بموجب الدستور.

٤. نـدعو المشـرع العراقـي الـى الـنص علـى حـق المحكمـة الاتحاديـة العليـا بالتصـدي ، اذ ان المـادة ٩٣ مـن دسـتور ٢٠٠٥ النافـذ نصـت علـى تحديـد اختصاصـات المحكمـة الاتحاديـة العليـا ومنهـا " الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين " وهـذا الاختصـاص يعنـي اكثـر مـن البـت بدسـتورية القـوانين، فالمحكمـة الدسـتورية فـي القـانون المقـارن وفـق هـذا الاختصـاص لهـا حـق التصـدي للقـانون غيـر الدسـتوري وذلـك بمناسـبة نظرهـا دعـوى ترتبط بهذا النص القانوني بصورة مباشرة او غير مباشرة حسب توجه المحكمة .

٥. المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي ممارسـة مهامهـا بالرقابـة علـى دسـتورية القـوانين لا تمـارس دور الرقابـة علـى الدسـتورية وانمـا تكتفـي بالبـت بالدسـتورية الـذي هـو اضـيق نطاقـا مـن الرقابـة فهـي تنتظـر ان ترفـع دعـوى بالقـانون غيـر الدسـتوري لتبـت بعـدم دسـتوريته مـن خـلال طلـب الخصـم الواضـح بـالطعن بعـدم الدسـتورية او مـن خـلال طلـب احـدى المحـاكم مـن تلقـاء نفسـها بالبـت بعـدم دسـتورية قـانون مـا بمناسـبة نظرهـا دعـوى مـا، ونجـد ان ذلـك مجـافي للمنطـق فكيـف لمـن لـه حـق الرقابـة بموجـب الدسـتور ان لا يمارسـها، بينمـا المحـاكم العاديـة لهـا حـق التصـدي للقـانون غيـر الدسـتوري عـن طريـق اسـتئخار الـدعوى وتقـديم طلـب للمحكمـة للبـت بموضـوع الدسـتورية مـن عدمـه اليس من باب اولى ان يكون من حق المحكمة صاحبة الاختصاص هذا الحق.

لـذلك نجـد ان علـى المشـرع ان يـتمم الـدور الرقـابي للمحكمـة الاتحاديـة العليـا بـان ينص علـى حـق المحكمـة فـي التصـدي للقـانون غيـر الدسـتوري وذلـك علـى غـرار بقيـة الدول المقارنة التي تأخذ بالرقابة على دستورية القوانين.

٦. نـدعو المشـرع العراقـي الـى وضـع قواعـد اجرائيـة خاصـة بالمحكمـة الاتحاديـة العليـا وذلك لاختلاف طبيعة الدعوى العادية عن الدعوى الدستورية .

٧. نـدعو المشـرع العراقـي الـى تفعيـل دور المحكمـة فـي ممارسـة اختصاصـها فـي الرقابـة على الامتناع التشريعي .

٨. نـدعو المشـرع العراقـي الـى تبنـي او الـنص علـى ضـرورة ان يـتم اختيـار قضـاة المحكمـة الاتحاديـة مـن داخـل السـلطة القضـائية الاتحاديـة بالانتخـاب مـن قبـل قضـاة السلطة القضـائية بـاي وسـيلة كانـت كـأن يـتم انتخـابهم مـن قبـل مجلـس القضـاء الاعلـى او مـن قبـل محكمـة التمييـز او غيرهـا وان لا يتـرك الموضـوع لانتخـابهم مـن قبـل السـلطة التشـريعية لان ذلـك قـد يجعـل بعـض القضـاة يميلـون الـى بعـض الكتـل السياسية في البرلمان للحفاظ على مواقعهم .

٩. ينبغـي ان تكـون مـدة تـولي عضـوية المحكمـة الاتحاديـة العليـا مـدى الحيـاة وذلـك لضمان استقرار قضاء المحكمة الاتحادية العليا والحفاظ على تراكم الخبرة .

مقدمـــــة

لمـا كـان الدسـتور هـو القـانون الاسـمى والاعلـى فـي الدولـة وهـو الـذي يـتم بوسـاطته رسـم السياسـة العامـة لهـا سـواء أكـان فـي النـواحي السياسـية أم الاقتصـادية أم الاجتماعيـة، ولمـا كـان لابـد مـن احتـرام مبـدأ الدسـتورية ، أي خضـوع الحكـام والمحكـومين للدسـتور وكـذلك خضـوع القـانون العـادي لـه ، وفضـلا عـن كـون صـياغة القواعـد الدسـتورية قـد تكـون غامضـة او مبهمـة او متناقضـة أو ناقصـة، لكـل مـا تقـدم كـان مـن الضـروري وجود جهة تختص بالفصل بالمسائل المتعلقة بالدستور الا وهي القضاء الدستوري.

ولمـا كـان القضـاء الدسـتوري هـو حـامي الدسـتور ووظيفتـه تفسـير النصـوص الدسـتورية لإزالـة مـا يكتنفهـا مـن الغمـوض ورفـع التعـارض بـين نصوصـها واكمـال مـا نقـص منهـا، فضـلا عـن رقابـة مـدى موافقـة القـوانين لأحكـام الدسـتور، ولكـي يصـل الـى هدفـه هـذا فانـه يصـدر احكامـا لهـا حجيـة مطلقـة فـي مواجهـة السـلطات كافـة ولهـا قـوة إلـزام بسـبب طبيعتها العينية التي تستهدف النص القانوني او الدستوري.

والحكـم القضـائي الدسـتوري يصـدر مـن محكمـة قضـائية أعضـاؤها مـن القضـاة الـذين لهـم مـا للبشـر مـن صـفات الخطـأ والقصـور،ومن ثـم قـد يشـوب الحكـم القضـائي الدسـتوري الخطـأ ، أو القصـور عـن مواكبـة التطـور فـي المجتمـع مـن النـواحي السياسـية والاقتصـادية والاجتماعيـة، ممـا قـد يـدفع القاضـي الدسـتوري فـي حـالات وظـروف وأزمنـة مختلفـة إلـى العـدول عـن حكمـه السـابق لتصـحيح الخـاطئ مـن الاحكـام وتطـوير مـا يحتـاج منهـا إلـى تطـوير، مـن ناحيـة أخـرى قـد تكـون الدولـة فـي ظـروف اسـتثنائية تجعـل الاحكـام السـابقة لا تتناسـب مـع الظـرف الاسـتثنائي، كحالـة الحـرب مـثلا، فـلا يمكـن معهـا ان تطبـق الأحكـام السـابقة نفسـها ، فـالحكم القضـائي الدسـتوري لا يمكـن بـاي حـال مـن الاحـوال ان يحكـم حـالات معينـة فـي ظـل ازمنـة مختلفـة وظـروف مختلفـة لان مـا يكـون عـادلا فـي ظـرف معـين لا يكـون كـذلك فـي غيـره ، فمـن هنـا تبـرز اهميـة العـدول فـي احكـام القضاء الدستوري.

فالعـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري امـر مستحسـن ان كـان اسـتثنائيا ومحـدودا وتـم وفـق شـروط محـددة ولأسـباب معينـة ، وهـو امـر لابـد منـه بسـبب عجـز الاحكـام

السابقة عن مواكبة التطور، لذلك نجد ان القضاء الدستوري في مختلف الدول لا يخلو من أحكام قضائية تم العدول عنها، سواء أكانت هذه الدول تتبع النهج اللاتيني أم الانكلوسكسوني، وتعد الولايات المتحدة الأمريكية من أوائل الدول التي كان لها قضاء دستوري وقد عدلت عن الكثير منها ، فالولايات المتحدة الأمريكية من الدول التي تتبنى النهج الانكلوسكسوني وهو النظام الذي تعد السوابق القضائية فيه هي المصدر الرسمي للقاعدة القانونية ، ومن ثم فان العدول عن السابقة القضائية يبرز في ظل هذا النظام بسبب كونها ملزمة للمحكمة نفسها التي اصدرت الحكم او المحاكم الادنى منها مرتبة.

اما في الدول التي تتبنى النهج اللاتيني فالحكم السابق لا يكون ملزما للمحكمة التي أصدرته ولا للمحاكم الأدنى مرتبة ، لان وظيفة القاضي تطبيق القاعدة القانونية لا خلقها، لذا فان الحكم القضائي الدستوري في الدول التي تتبع النهج اللاتيني لا يكون ملزما للمحكمة نفسها أو المساوية لها او الادنى منها مرتبة كما انه مصدر غير رسمي للقاعدة القانونية، الا ان المحاكم تلتزم بما سبق ان قضت به وذلك لإشاعة العدل والمساواة بين الناس، كما ان المحاكم الادنى مرتبة تلتزم بما قضت به المحاكم الاعلى وذلك لتلافي نقض احكامها، ولما كان الحكم القضائي الدستوري ذا طابع عيني اي يستهدف النص القانوني فهي إما أن تحكم بدستوريته أو عدمها أو تفسر نصوص الدستور، فضلا عن أن حجيتها مطلقة وملزمة للسلطات كافة، لذا فان التحول من حكم سابق الى حكم جديد أيضا يعد عدولا في النهج اللاتيني ، ومن ثم فان العدول مثلما يكون واردا في الأحكام القضائية في الدول التي تتبع النظام الانكلوسكسوني يكون كذلك أيضا في الدول التي تتبع النظام اللاتيني.

والعدول في أحكام القضاء الدستوري هو إحلال إرادي لحكم قضائي محل حكم قضائي آخر في موضوع الدعوى نفسها وحيثياتها، ولما كان من المتصور أن تتسم بعض الأحكام –دستورية أو غيرها – بالخطأ والقصور ، وبما أن الحياة في تطور مستمر فالسبيل الوحيد لتصحيح الأحكام الدستورية ومواكبة التطور يكون من خلال العدول في أحكام القضاء الدستوري الا ان هذا الموضوع لا يمكن الاخذ به على

اطلاقـه فـلا يمكـن العـدول بـدون قيـد او شـرط فالعـدول لـه شـروط تتعلـق بالجهـة القضـائية التي تقوم به وشروط تتعلق بتغير الظروف او التطور في احد جوانب الحياة وغيرها .

أولا: أهمية الموضوع

فأهمية بحث موضوع العدول في أحكام القضاء الدستوري له بعدان :

أ- بعـد عملـي : للاسـتفادة منـه مـن قبـل قضـاة المحـاكم الدسـتورية ، إذ أن العـدول يعـد بحـق مشـكلة تحتـاج إلـى البحـث والتحليـل خاصـة ان نشـأة المحكمـة الاتحادية العليا بشكلها الحالي حديثة النشأة في العراق .

ب-بعـد نظـري: ان العـدول مـن الأهميـة بمكـان إذ أن الحكـم القضـائي الدسـتوري لـه مـن الحجيـة مـا تجعلـه ملزمـا للسـلطات كافـة وهـو علـى درجـة واحـدة مـن درجـات التقاضـي، لـذلك فـان عـدم مواكبـة القضـاء للتطـور فـي الحيـاة بمختلـف جوانبهـا، مـن خـلال احكامـه، يجعلـه يجـافي العدالـة لان مـا كـان عـادلا بـالأمس مـن الممكـن ان يكـون غيـر ذلـك فـي وقـت لاحـق، لـذلك اكتسـب العـدول اهميتـه مـن خـلال كونـه يجعـل الحكـم القضـائي الدسـتوري مرنـا إذ يمكـن لـه أن يواكـب التغييـرات الاقتصـادية والسياسـية والاجتماعيـة، هـذا مـن جهـة ومـن جهـة أخـرى تغيـر النظـرة الفلسـفية لتفسـير النصـوص الدسـتورية، فضـلا عـن تغيـر الظـروف كـأن يكـون البلـد فـي حالـة حـرب او سـلم فـالحكم الذي يكون صالحا في وقت السلم قد لا يكون كذلك في وقت الحرب.

يعـد موضـوع العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري مـن المواضـيع التـي تـرتبط ارتباطـا وثيقـا بالدسـتور والشـرعية الدسـتورية التـي تـرتبط مباشـرة بقيـام دولـة القـانون، وذلـك ان المحـاكم الدسـتورية تخـتص بالفصـل بالمنازعـات الدسـتورية والرقابـة علـى دسـتورية القوانين.

لـذلك يسـهم العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري فـي تطـور الحكـم القضـائي الدسـتوري وجعلـه يواكـب التطـور فـي الحيـاة العامـة والظـروف التـي تمـر بهـا الدولـة، فضـلا عن تصحيح الخطأ في الحكم الدستوري.

وبما أننا لاحظنا ان هناك بعض الأحكام الصادرة عن المحكمة الاتحادية العليا عدلت فيها عن أحكام سابقة لها ، لذا كان لابد من الوقوف عند هذه التطبيقات والبحث في أسبابها ومبرراتها .

ثانيا: اسباب اختيار الموضوع

ان العدول في احكام القضاء الدستوري من المواضيع التي لم يتناولها الفقه بالبحث والتمحيص، فندرة الكتابات الفقهية العربية خاصة بشأنها، بل ان مراجعاتنا العديدة افصحت عن ندرة في هذه المصادر، ولعل ذلك يرجع إلى انه من بين الموضوعات التي تثير المشاكل من الناحية العملية فلا يمكن تصور أن تمتاز الأحكام القضائية بالثبات على مر الزمن من غير أن تضطر المحكمة إلى العدول عنها في بعض المناسبات ، فلا يمكن أن يحكم في حالات لا متناهية بمختلف الظروف.

ولما كانت المحكمة الاتحادية العليا في العراق هي المحكمة الدستورية المختصة بالفصل في المنازعات الدستورية فقد لاحظنا انها قد عدلت عن أحكامها الدستورية أكثر من مرة وبغير سبب يبرر هذه الحالة، في حين ان هنالك حالات أخرى نعتقد انه كان من الأولى أن تعدل فيها المحكمة عن موقفها لتلافي حالات إنكار العدالة وتقويم ما يحتاج إلى تقويم من احكامها. لكل ما تقدم ارتأينا بحث هذا الموضوع للوقوف على كل ما يتعلق بالعدول في احكام القضاء الدستوري.

ثالثا: نطاق البحث

يعد البحث في أحكام القضاء الدستوري والعدول عنها من المواضيع المهمة التي تظهر في الدول التي تتبنى النهج اللاتيني او الانكلوسكسوني على السواء، وبما ان العراق من الدول التي تعد تجربتها في هذا المجال من التجارب البسيطة والحديثة نسبيا بالمقارنة مع بقية الدول، لذلك ارتأينا جعل نطاق هذا البحث يشمل المقارنة بين الدول الانكلوسكسونية كالولايات المتحدة الامريكية و اللاتينية كفرنسا ومصر والعراق.

فضـلا عـن جعـل هـذا البحـث بالإضـافة الـى النطـاق الأفقـي سـالف الـذكر فقـد شمل البحث النطاق العمودي الذي يتناول ما مر به القضاء الدستوري في العراق ابتداءً بعام ١٩٢٥ الى وقتنا الحالي وذلك لاختلاف التجربة بين ما قبل عام ٢٠٠٣ وبعده.

رابعا: منهج البحث

اتبعنا أسلوب الدراسة الوصفي والمنهج المقارن، إذ تمت المقارنة مع بعض الدول كالولايات المتحدة الامريكية وفرنسا ومصر، وذلك للوصول إلى أفضل النتائج، فضلا عن تحليل بعض النصوص القانونية للتعرف على حقيقة ارادة المشرع الدستوري العراقي والمقارن، مع الوقوف على الجانب العملي في تطبيقات القضاء الدستوري في العراق وكل من دول المقارنة سالفة الذكر.

خامسا: خطة البحث

ان تحقيق الموازنة من الناحية الشكلية والموضوعية ليس بالأمر اليسير، الا اننا سنحاول مراعاة ذلك قدر المستطاع، وذلك من خلال تقسيم الموضوع على فصل تمهيدي وثلاثة فصول وكالاتي:

اذ سنتناول في الفصل التمهيدي مفهوم الحكم القضائي الدستوري وسوف نقوم بتقسيم هذا الفصل على مبحثين سنخصص الأول منهما للتعريف بالحكم القضائي الدستوري اما في الثاني فسوف نتناول فيه الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري

وسنقسم أصل البحث على ثلاثة فصول سنتناول في الاول منه مفهوم العدول في احكام القضاء الدستوري والذي بدوره سنقسمه على مبحثين يتناول الأول تعريف العدول في احكام القضاء الدستوري واهميته اما الثاني فسيكون انواع العدول في احكام القضاء الدستوري

اما في الفصل الثاني فسنتناول شروط العدول في احكام القضاء الدستوري ونطاقه وسنقسمه على مبحثين سنخصص الأول منه لشروط العدول في أحكام القضاء

الدســـتوري امـــا الثـــاني ســـنتناول فيـــه نطـــاق العـــدول فـــي احكـــام القضـــاء الدســـتوري ومشروعيته.

والفصـل الثالـث سـيكون مخصصـا لقيـود العـدول فـي أحكـام القضـاء الدسـتوري وسيقسـم علـى مبحثـين، سنخصـص الأول للقيـود العامـة علـى العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري وسـنبحث فيهـا المبـادئ العليـا الدسـتورية كقيـد علـى العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري وسـمو الدسـتور كقيـد علـى العـدول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري. أمـا المبحـث الثـاني فسـيكون لدراسـة اثـار العـدول كقيـد علـى العـدول فـي أحكـام القضـاء الدسـتوري وسـنبحث فيـه العـدول وأثـره علـى فكـرة الأمـن القـانوني والعـدول وأثـره علـى الاسـتقرار القانوني .

ثم سننهي بحثنا بخاتمة نستعرض فيها أهم ما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات

الفصل الاول
مفهوم العدول في احكام القضاء الدستوري

لما كانت احكام القضاء الدستوري هي الفيصل في النزاعات الدستورية، ما تعلق منها بالحقوق والحريات او نظام الحكم او تفسير الدستور او الرقابة على دستورية القوانين وما الى ذلك، فان من المفترض ان تتسم احكام القضاء الدستوري بالعدالة وذلك لإشاعة الثقة بالقضاء الدستوري، وكونه دعامة من دعامات دولة القانون للحفاظ على المشروعية، وذلك يتطلب اصدار الاحكام الدستورية من قبل قضاة يتمتعون بالنزاهة والاستقلالية بعيدا عن اي تأثير من قبل اي جهة كانت، حتى وان كان من قبل القضاء نفسه، كأن يتقيد القاضي الدستوري بما تم الحكم به مسبقا (السوابق القضائية) اذ قد تكون مشوبة بالغلط او عدم مواكبتها للتطور في الحياة على مختلف الاصعدة، لذلك بإمكان القاضي الدستوري ان لا يتقيد بما حكم به سابقا، اذا كانت له اسباب معتبرة تسند ما يقرره في الدعوى المنظورة امامه، وهذا ما يسمى بالعدول وينبغي الاشارة الى انه لم يشر له في اغلب التشريعات الا ما ندر كالقانون الاسباني[١] والبلجيكي[٢].

ولما كان مفهوم العدول يشوبه شيء من الغموض وعدم الوضوح، ونتيجة اختلاف الفقهاء حوله، فإننا نعتقد ان ايضاح مفهومه من مستلزمات فهم الموضوع بصورة شاملة.

وعلى ما تقدم سنبحث مفهوم العدول في احكام القضاء الدستوري في مبحثين وذلك من خلال بيان معناه من الناحية اللغوية والاصطلاحية مشيرين الى اهميته وفضلا عن بيان انواع العدول في احكام القضاء الدستوري. وعلى وفق التقسيم الاتي:

المبحث الاول: تعريف العدول في احكام القضاء الدستوري واهميته.

المبحث الثاني: انواع العدول في احكام القضاء الدستوري.

المبحث الاول

---

(١) المادة ١٣ من القانون الاساسي الخاص بالمحكمة الدستورية الاسبانية لعام ١٩٧٩ التي نصت على انه: "عندما ترى غرفة من غرف المحكمة انه من الضروري العدول عن قرار قضائي دستوري سابق للمحكمة الدستورية ، فيجب ان يكون ذلك من خلال جلسة تجمع جميع غرف المحكمة ".

(٢) نصت المواد من ٦٩ الى ٧٣ من قانون محكمة التحكيم البلجيكية الصادر في ١٩٨٩ التي اجازت للمحكمة الدستورية بانها غير ملزمة بالمبدأ القانوني السابق الذي اقرته في احكامها السابقة.

تعريف العدول في احكام القضاء الدستوري واهميته

للتعريف بالعدول في احكام القضاء الدستوري ينبغي البحث في المعنى اللغوي ومن ثم الاصطلاحي وسنعرج على اهمية العدول في احكام القضاء الدستوري وكالاتي:

المطلب الاول: تعريف العدول

المطلب الثاني: اهمية العدول في احكام القضاء الدستوري

المطلب الاول
تعريف العدول

اختلف الفقهاء في بيان تعريف للعدول سواء أكان التعريف لغويا ام اصطلاحيا، وبسبب ذلك ارتأينا بحث هذا المطلب ضمن فرعين سنفصل فيهما تعريف العدول لغويا واصطلاحيا.

الفرع الاول: التعريف اللغوي للعدول

الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعدول في احكام القضاء الدستوري

الفرع الاول
التعريف اللغوي للعدول

تناول فقهاء اللغة العربية (العدول) بالتوضيح وبيان المعنى اللغوي وكان لهم فيه اراء متعددة ، سنحاول تفصيلها فيما سيأتي:

فالعدول في اللغة العربية، من عدل يعدل عدلاً وعدالة وعدولة ومعناها: عدل اي انصف وكان عادلاً او عدل في الامر: استقام فيه وعدل عن الطريق حاد او مال عنه، عدل اليه اي رجع، وعدل في المحمل اي ركب معه[1]

(١) جبران مسعود، الرائد، مصدر سابق، ص ٥٤٣ مجموعة من المختصين، المنجد في اللغة والاعلام، مصدر سابق، ص٤٩٢.

وقيل ان العدول: الرجوع: ابداء ارادة معاكسة ينوي فيها فاعل عمل او ابداء احادي الجانب لإرادة الرجوع عن ارادته وسحبها كما لو أنها لم تحصل من اجل حرمانها المفعول في الماضي او المستقبل يفترق عن مجرد السحب الذي يمكن ان لا ينتج مفعولاً الا للمستقبل مثال الرجوع عن ايجاب وعن تصويت وعن رضا يقال بالمعنى عينه بالنسبة الى فاعل عمل قضائي في القرار اللاحق الذي يلغي بموجبه قراره الاول[١].

و(overrule) المصطلح القانوني في اللغة الانكليزية الذي يعبر عن العدول، فهو يعني يلغي او ينسخ او يبطل مفعول شيء او قوته، يلغي القرار اذا تلاه قرار مناقض صادر من المحكمة نفسها او من محكمة اعلى منها في الموضوع نفسه[٢]

اذاً فالعدول لغةً: هو الرجوع او الميل او تغيير الجهة او الرأي.

الفرع الثاني
التعريف الاصطلاحي للعدول في احكام القضاء الدستوري

لما كان العدول لغة يعني تغيير الجهة او الرأي كما اسلفنا، فالعدول في احكام القضاء عموما والدستوري بوجه خاص يفيد تغيير الرأي في حكم قضية ما. وقد حاول الفقه بيان معان اصطلاحية للعدول في احكام القضاء الدستوري نورد البعض منها مع محاولة بيان رأينا في كل تعريف.

ذهب رأي فقهي الى أن العدول في احكام القضاء الدستوري او التحول في احكام القضاء الدستوري يفترض وجود حلين قضائيين مختلفين الاول يمثل الحكم القديم والثاني يمثل الحكم الجديد الذي يعني عدولا عن الحكم الاول او القديم[٣].

---

(١) جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة منصور القاضي، بيروت: مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط٢، ٢٠٠٩،(العدول: انظر الرجوع، العدول، ص١٠٨٦، الرجوع، ص٨٢٧.

(٢) حارث سليمان الفاروقي، المعجم القانوني، انكليزي –عربي، بيروت: مكتبة لبنان، ط ٥، ٢٠٠٨، ص٥٠٤.

(3) S. Cursoux, le revirement de jurisprudence du conseil constitutionnel en contentieux de la constitutionnalite ANRT،2004،p.319 ets

وذهب رأي اخر الى ان العدول هو (عدول عن مبدأ قررته المحكمة الدستورية العليا في بعض احكامها السابقة)[١] .

واخر عرفه بان القرارات القضائية يعدل عنها اذا ما صنع القرار اللاحق من المحكمة نفسها او من محكمة اعلى منها، فيصدر الحكم في ذات المسألة القانونية الذي تعارض القرار السابق وبتلك الوسيلة يعدل عنه و ينتزع منه حجيته كسابقة قضائية[٢]

ورأي اخر يعرفه بان القضية قررت عكس القضية المشهورة (السابقة القضائية) عندما القرار الاخير اخذ مكان الاول فيقال انه عدول عن السوابق القضائية ولا تكون بعد ذلك معتبرة كحجة ملزمة[٣]

ونعتقد ان هذه التعريفات السابقة تناولت الجوانب الظاهرية لموضوع العدول القضائي دون الدخول في تفصيلاته وعناصره واسبابه، اذ انها بينت انه استبدال حكم بحكم اخر لا غير دون بيان الاسباب التي قد تؤدي الى العدول ولم يتضمن التعريف العناصر المكونة للعدول فالتعريفات السابقة كانت كمن فسر الماء بعد الجهد بالماء.

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في احكام القضاء الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢١.

(١) د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ١٤.

(2) (a judicial decision is overruled when alater decision، made by the same tribunal or a higher court in the same system،hands down a decision concerning the identical question of law which is in direct opposition to the earlier decision is thereby overruled and deprived of its authority as precedent)

http://legal_dictionary.thefreedictionary.com/

(3) (…this word is frequently used to signify that a case has been decided directly opposite to a farmer case: when this takes place the first decided case is said to be overruled as a precedent and cannt any longer be considered as of binding authority..)

http://www.lectlaw.com/

بينما ذهب رأي الى انه نقض القرار السابق كسابقة بوساطة قانون دستوري ساري المفعول وملزم او باصدار حكم قضائي كقرار بوساطة المحكمة نفسها او محكمة اعلى منها[١]

نعتقد ان هذا التعريف تناول نوعين من العدول الاجباري والاختياري ولم يأت بجديد عما في التعريفات السابقة، اذ ان العدول بسبب تعديل في الدستور يعد عدول اجباري خارج عن ارادة القاضي الدستوري اما العدول بارادة القاضي فيعد عدول اختياري. وايضا لم يذكر التعريف اسبابا للعدول ولا اي عنصر من عناصره.

وذهب اخر الى أنه كل حكم يفرض قاعدة مختلفة عن تلك المتبعة في القضية السابقة وان القاعدة التي كان معمولاً بها في القضية السابقة قد تعد نتاجاً لسياسة قضائية أو عملية او ناتجة عن اتجاهات حكومية او فقهية[٢].

ونعتقد ان هذا التعريف ايضا كسابقاته لم يتضمن ذكر عناصر العدول ولا اسبابه ، والملاحظ ان هذا التعريف وصم الحكم المعدول عنه بأنه نتاج لسياسة قضائية او حكومية او فقهية، بينما نعتقد انه يمكن ان يكون الحكم المعدول اليه هو كذلك ينطبق عليه ما قيل عن الحكم المعدول عنه اي انه نتاج لسياسة قضائية او حكومية او فقهية

وذهب رأي الى انه تغيير في السابقة القضائية من جانب القاضي نفسه ليتحرر من حكم سابق ويتحول منه الى اخر جديد، ويكون الحكم الجديد متعارض مع

(1) (mullins v.ortiz،2009 tex.app.lexis 3578 (tex, app.waco apr.29،2009) منشور على الموقع:

http://definitions.uslegal.com/

(overruling precedent is the nullification of aprior decision as precedent by constitutionally valid statute or the rendition of a decision by the same court or by ahigher ranking court which establishes adifferent rule on the point of law involved)

(2) Mouly, Le reverment pour l'avenir, J.C.P. 1994,n 3776 p.328

نقلاً عن عبد الحفيظ علي ، التحول في احكام القضاء الدستوري ، مصدر سابق ، ص ٢٢.

القديم او السابق أو أنه هجر ارادي بوساطة القاضي لحل قضائي سابق لصالح حل قضائي جديد ويتعارض معه[١].

والواضح ان هذا التعريف فضلا عن ما سبق اضاف عنصر الارادة في العدول، اي ان العدول تم بإرادة القاضي الدستوري لا بقوة القانون، فضلا عن تعارض القرارين، اي تعارض القرار الجديد مع السابق من حيث النتيجة.

وقيل بأنه قاعدة قضائية تتسم بأنها واضحة وارادية بقصد احلالها لتفسير قضائي سابق عن طريق التناقض في الاسباب[٢].

هذا التعريف شمل عنصرين من عناصر العدول الا وهما الوضوح والارادية فضلا عن أنه اشترط وجود تناقض في اسباب الحكمين السابق والجديد.

كما قيل بأنه تحول واضح في الحلول القضائية وأنه تحول غير مفروض وكلي او جذري[٣].

هذا التعريف – برأينا – حدد عناصر او شروط العدول القضائي الدستوري بصورة واضحة.

ومن الجدير بالذكر ان تأكيد العدول عنصر من عناصر العدول الا اننا نعتقد انه من العناصر غير الثابتة، اذ يمكن ان يتحقق العدول من دون ان يتم تأكيده بحكم لاحق.

ونرى أن افضل تعريف للعدول القضائي الدستوري هو احلال ارادي واضح ومؤكد لحكم جديد محل حكم آخر في موضوع الدعوى نفسها وحيثياتها السابقة.

وعناصر العدول بحسب التعريف السابق هي:-

١. ان يكون العدول واضحا ومؤكدا.

---

(1) Francis delperee، cahiers du conseil constitutionnel n 20 (dossier: les revirements de jurisprudence du juge constitutionel) juin 2006. p.1.

(2) A.Bolze, la norme Jurisprudentielle et son revirement en droit prive، R.R.J.,1997,P.867.

نقلاً عن عبد الحفيظ علي، مصدر سابق، ص ٢٢.

(٣) عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص ٢٤.

٢. ان يكون ارادياً وغير مفروض.

٣. ان يكون كلياً.

٤. التأكيد القضائي اللاحق للعدول (عنصر غير ثابت).

العنصر الاول: ان يكون العدول واضحا ومؤكدا:

أن عدول المحكمة الدستورية عن مبدأ معين (واضح غير غامض) ينبغي أن يكون وفق مبدأ قضائي جديد مخالف للأول أي أن (الحكم الاول والثاني متعارضين) كما ينبغي أن يكون هناك تشابه في موضوع الدعويين وحيثياتهما واسبابهما[١]، ويشترط عدم وحدة اطراف الدعوى لان الحكم في الدعوى الدستورية له حجية مطلقة ولا يجوز رفع الدعوى مرة اخرى من قبل الخصوم انفسهم . بمعنى اخر أن طرفي الدعوى في الحكم السابق ليسا طرفي الدعوى نفسيهما في الحكم اللاحق او الجديد [٢].

فمجرد تطوير القاضي الدستوري لقضائه السابق دون المساس بالمبدأ السابق لا يعد عدول، كتعديل القاضي الدستوري لأسباب الحكم القضائي او حيثياته [٣].

وأيضاً وضوح المبدأ السابق شرط اساسي وعنصر اساسي لوجود العدول فاذا ما كان المبدأ السابق غامضاً أو غير واضح، سيكون من الصعوبة بمكان ان نستشف العدول.

العنصر الثاني: ان يكون العدول ارادياً وغير مفروض.

أي ان العدول يتم بإرادة القاضي، فإذا ما تم العدول عن المبدأ السابق او القديم بسبب خارج عن ارادة القاضي كان العدول غير ارادي.

والعدول غير الارادي يتم بوسائل متعددة منها:

١. **تعديل الدستور**: فاذا ما كان العدول قد حدث بقوة التعديل الدستوري، بمعنى إن تعديلا اصاب نصوص الدستور الزم المحكمة بتغيير حكمها في قضية مماثلة لما حكمت بهِ سابقاً لكن بحكم مختلف تحت وجود نص دستوري مختلف، اي ان

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص ٢٥.

(٢) محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص ٤٣ . علي هادي عطية وميثم حنظل وعلا رحيم ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

(٣) سنذكر مثال على ذلك لاحقا في العنصر الثالث

القاضي لم يكن مختارا للعدول بل انه فرض عليه بموجب نص دستوري جديد ففي هذه الحالة لا ينطبق وصف العدول القضائي على العدول الذي تم بسبب تعديل الدستور، فالقاضي الدستوري مهمته تطبيق نصوص الدستور ومن ثم فما بيده حيلة سوى العدول عن المبدأ السابق لتطبيق النص القانوني الجديد(١).

٢. **ضغط وتدخل السلطات العامة:** ففي هذه الحالة قد تتعرض المحكمة لابتزاز السلطة التنفيذية أو الضغط على ارادتها بأتجاه حكمٍ معين فهذا بطبيعة الحال يخل بقيمة الحكم الدستوري ولا يتصور خضوع المحكمة الدستورية لضغط من قبل اشخاص أو جماعات لكونها سلطة ومؤسسة منصوص عليها في الدستور، وان كنا نعتقد ان مثل هذا الضغط ممكن وارد، بل ان هناك امثلة عديدة على الضغوط

(١) ان مثل هذا التوجه يكاد يكون معتادا حتى في المحاكم الاخرى كمحكمة التمييز ، ومن ذلك قرار المحكمة الاتحادية العليا بصفتها التمييزية المرقم ٢٠/اتحادية/تمييز/٢٠١٠ بتاريخ ٢٠١٠/٤/٢٧ المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحاية العليا للعام ٢٠١٠، المجلد الثالث، تموز ٢٠١٠، ص ١٩١..اذ انها نصت على ان مجموع خدمة المدعي في مجلس المحافظة كان اقل من سنة واذ ان البند (ثالثا –١–أ) من المادة ١٨ من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ اشترط لمنح اعضاء المجلس ورؤساء الوحدات الادارية ونائبي المحافظ الذين شغلوا منصبهم بعد تاريخ ٢٠٠٣/٤/٩ راتبا تقاعديا لا يقل عن ٨٠ % من المكافأة الشهرية المحددة بموجب هذا القانون على ان لا تقل الخدمة الفعلية عن سنة... واذ ان المادة الثالثة من القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠١٠ قانون= =التعديل الاول لقانون المحافظات غير المنتظمة في اقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨ النافذ بتاريخ نشره في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢٠١٠/٣/٩ قد نص بان تحل عبارة (عن ستة اشهر) محل عبارة (عن سنة)... لذلك نقض الحكم، اذ ان قانون التعديل غير المدة التي يستحق بها عضو مجلس المحافظة من سنة الى ستة اشهر وقد كانت قرارات المحكمة الاتحادية العليا قبل هذا القانون تنص على ان الراتب التقاعدي في هذه الحالة لا يستحق اذا ما كان العضو لديه خدمة في المجلس اقل من سنة ومن هذه القرارات قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ١٠٧/اتحادية /تمييز /٢٠١٠ في ٢٠١٠/١٢/٨ المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٠، المجلد الثالث، تموز ٢٠١٠، ص ٢٤٣.هنا العدول كان بناءً على تغيير النص القانوني وليس بإرادة القاضي.

تمت ممارستها على ارادة السلطة، ومنها عندما قام الرئيس روزفلت بادخال اصلاحات اقتصادية (new deal) ورفضتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية فقام بزيادة عدد اعضاء المحكمة وادخل فيها عناصر مناصرين لموقفه في التعديلات الاقتصادية [١].

٣. **مبدأ حجية الاحكام لبعض المحاكم العليا:** ان يكون العدول بسبب الزام القضاء الدستوري بمبدأ حجية الاحكام الصادرة عن محاكم اخرى تكون احكامها ملزمة للقضاء الدستوري كما في المحاكم الاوربية لحقوق الانسان التي قد تكون احكامها ملزمة للمجلس الدستوري في فرنسا على سبيل المثال، فهنا لا نكون بصدد عدول لأنه لم يكن بمحض ارادة القاضي وانما كان تطبيق لإرادة محكمة عليا هي المحكمة الاوربية لحقوق الانسان[٢].

العنصر الثالث: ان يكون العدول كلياً .

فالعدول ينبغي ان يكون كلياً أو كاملاً اي ان التغيير يصيب المبدأ القانوني الذي قررته المحكمة ولا يقتصر على التغيير في اسباب الحكم وحيثياته فقط، فإذا كان عبارة عن حكم قضائي مشروط أو جزئي انتفت صفة العدول.

ففي قرار المحكمة الاتحادية العليا المرقم ٤٥/ اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/٩/١٩[٣] الذي طعن فيه المدعي بعدم دستورية قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) المرقم ١٢٧ في ١٩٩٩ كونه يخالف المادة ٢ اولا –أ– من دستور ٢٠٠٥ النافذ الذي يقضي بعدم جواز سن قانون يتعارض مع ثوابت الاسلام وقضت المحكمة بانه: "... دفع المهر المتأخر في حالة الطلاق اضافة الى كونه دين في الذمة فانه يشكل صورة من صور التعويض لما يصيب المطلقة من ضرر جراء الطلاق وحيث

(١) احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٣١٧ د. حسن زكريا ، مصدر سابق ، ص ٤ .

(٢) نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص٢٩ S. Cursoux, op. cit, p.95.

(٣) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢ ، المجلد الخامس ، ٢٠١٣ ، ص ٦٦.

ان التعويض هو جبر للضرر الذي يقدر بحسب المكان والزمان وان مبادئ الشريعة الاسلامية تسعى الى تحقيق العدالة الاسمى التي لا يتصور تحقيقها الا بالركون الى تقويم مهر النساء بطريقة تؤدي الى انصافهن فلم تجد المحكمة ما يشير الى وجود تعارض بين القرار المطعون فيه وثوابت الاسلام لذا فتكون الدعوى قد فقدت السند القانوني... ".

وقد كانت المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد صنفت المهر المؤجل بانه صورة من صور التعويض لما يصيب المطلقة من ضرر وهذا القول مردود لان التعويض يستوجب تحقق اركان المسؤولية الموجبة للتعويض وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وبما ان ايقاع الطلاق من قبل الزوج على زوجته من الامور الجائزة له شرعا لذلك نقول ان " الجواز الشرعي ينافي الضمان " [1] فلا يوجد خطأ، كما ان القاضي له سلطة تقديرية في وضع التقدير المناسب لجبر الضرر[2]، كما قيل بان المهر لابانة شرف عقد الزواج وخطره لا عوضا عن ملك الزوج والاستمتاع بزوجته[3]، كما ان المادة ٢٠ من قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ العراقي نصت على انه: (١- يجوز تعجيل المهر وتأجيله كلا او بعضا وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف. ٢- يسقط الاجل المعين في العقد لاستحقاق المهر بالوفاة او الطلاق).

وعلى ما تقدم يتبين لنا ان المهر المؤجل ليس تعويض عن ضرر الطلاق وانما هو دين في ذمة الزوج ليس الا وهذا ما تنبهت له المحكمة في قرارها المرقم ٨٢/ اتحادية/٢٠١٢ في ٢٠١٢/١٢/١٨ [4] الذي طعن فيه بدستورية قرار مجلس قيادة الثورة المنحل سابق الذكر الذي نصت فيه على انه "... وترى المحكمة الاتحادية العليا بان المهر المؤجل يعتبر دينا في ذمة الزوج من يوم نشوءه وان قيمته الحقيقية تقوم

(١) المادة ٦ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٢) محمد عبد طعيمس، تعويض الضرر المعنوي في المسؤولية التقصيرية. ط١، ٢٠٠٨، ص٧٩.

(٣) الكمال بن الهمام، فتح القدير، ج٢، ط٥، ١٣٢هـ، ص ٣٤٢. محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج٥، ص ٣٧.

(٤) منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٢، المجلد الخامس ٢٠١٣، ص ٧٧.

بحسب الزمان والمكان بموجب القوانين النافذة... مما يستوجب تقويم مهر النساء بالذهب بتاريخ عقد الزواج وهو ما يؤدي الى انصاف المطلقات من ناحية التوازن الاقتصادي بين قيمة العملة حين نشوء الدين وبين استحقاقه ويحقق العدالة التي سعت اليها احكام الشريعة الاسلامية الغراء...". وهذا ما اكدته المحكمة في قرارها اللاحق المرقم ٣٢/اتحادية/ اعلام/ ٢٠١٤ في ٢/٦/٢٠١٤[١].

العنصر الرابع: التأكيد القضائي اللاحق للعدول.

أي أن يصدر حكم قضائي دستوري مشابه للحكم الجديد أو المبدأ الجديد (الذي تم من خلاله العدول عن المبدأ او الحكم السابق) في دعوى دستورية مشابهة لها من حيث الموضوع والحيثيات، فالتأكيد اللاحق للعدول القضائي يتم بصدور المبدأ القضائي نفسه المعدول اليه يؤكد العدول. فقد قررت المحكمة العليا المصرية في القضية رقم ٤ لسنة ٢ قضائية دستورية[٢] بان المركز القانوني للقطاع العام والخاص غير متماثلين، فاذا ما قرر المشرع امتيازا للقطاع العام فان ذلك لا يتعارض مع الدستور، ومن ثم عدلت المحكمة الدستورية العليا عن القضاء السابق رافضة اي تمييز بين القطاعين العام والخاص وذلك في حكمها القاضي بعدم دستورية الفقرة الاولى من المادة ٣٥ من قانون رسوم الطيران المدني ومقابل استغلال حقوق النقل الجوي واستغلال مباني و اراضي الموانئ الجوية والمطارات رقم ١١٩ لسنة ١٩٨٣[٣] وتأكد هذا الحكم في حكم للمحكمة الدستورية العليا من خلال حكمها بعدم دستورية منح بنوك القطاع العام سلطة الحجز الاداري في عام ١٩٩٨ اذ قضت بعدم دستورية البند (ط) من المادة الاولى من قانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ والتي كانت تجيز اتباع اجراءات

(١) منشور على موقع المحكمة: www.iraqja-iq/

(٢) حكم المحكمة العليا المصرية رقم ٤ لسنة ٢ قضائية دستورية جلسة ا يوليو ١٩٧٢ القسم الاول، الجزء الاول، ص ١١٤.

(٣) هذا الحكم عام ١٩٩٧ نقلا عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٢٠٣.

الحجز الاداري لاستيفاء المبالغ المستحقة للبنوك التي تساهم الدول بما يزيد على النصف في رأسمالها[1] .

ونعتقد انه ينبغي التفريق هنا بين فرضيتين:

الفرضية الاولى: حالة عدم وجود دعوى بموضوع الدعوى السابقة نفسها او حيثيات الدعوى المعدول فيها عن المبدأ القضائي السابق، في هذه الحالة نعتقد عدم وجود تأكيد للمبدأ الجديد لسبب خارج عن ارادة القاضي وفي هذه الفرضية لا يوجد فيها ما يؤدي الى نفي وجود العدول عن المبدأ القضائي السابق.

الفرضية الثانية: حالة وجود أو رفع دعوى بالموضوع نفسه والحيثيات للحكم المعدول عنه واما ان يصدر حكم مشابه لما صدر في الدعوى (العدول فيها) من حكم وهنا لا تثور اي مشكلة لكن ماذا لو صدر حكم مغاير لما صدر من الحكم المعدول اليه، اي بصيغة ثانية هل يجوز العدول على العدول؟!.

وهذه المسألة تحتمل فرضيتين:

الفرضية الاولى: ان الخروج عن المبدأ السابق كان بصورة استثنائية اي لم يكن القصد منه العدول عن المبدأ القضائي السابق. ولا ريب ان الخروج الاستثنائي عن المبدأ القديم ينفي وجود العدول لان العدول من عناصره كما بينا ان يكون واضحاً ومؤكداً.

وتبرر اسباب الخروج الاستثنائي عن المبدأ القديم بان السماح بالخروج منه والعودة له مرة اخرى سيؤدي الى عدم اقامة العدل في الدعاوى المنظورة امام القضاء، اذ لا يجوز الخروج بصورة استثنائية عن مبدأ قديم اعتيد العمل به لسبب استثنائي ومن ثم الرجوع الى العمل به مرة اخرى [2].

ومن التطبيقات الدالة على ذلك قرارات المجلس الدستوري الفرنسي لعام ١٩٧٧ المتعلقة بحماية الحرية الفردية ففي واحد من قراراته الخاصة بهذه الحرية ذهب

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في مصر في القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية جلسة ٩ مايو ١٩٩٨.

(٢) عبد الحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص ٣٣ .

الى ان م/٦٦ من الدستور عندما قضت بحماية الحرية الفردية فأنها عهدت الى السلطة القضائية بهذه المهمة الدستورية[١] .

بينما ذهب المجلس الدستوري في عام ١٩٨٦ الى عكس القضاء السابق وذلك بمناسبة الاجراءات التي تتخذ ضد الاجانب اذ انتهى الى ان م/٦٦ من الدستور لا تحول دون النص من جانب المشرع على الاجراءات التي يجوز للسلطة الادارية اتخاذها لتوقيف الاجنبي الذي يوجد في حالة غير شرعية على اقليم الدولة الفرنسية وتلك الاجراءات التي تتخذ لإبعاده عن الاقليم[٢].

ويتضح من الحكمين السابقين ان حماية الحرية الفردية تقتضي انه لا يجوز المساس بها الا من قبل السلطة القضائية واستثناءاً من الاصل العام حالة الاجنبي الموجود على الاراضي الفرنسية بصورة غير شرعية اذ عهدت فيها الى السلطة الادارية، هذا لا يعد عدول قضائي انما هو استثناء من الاصل العام حالة الاجنبي الموجود على الاراضي الفرنسية بصورة غير شرعية اذ عهدت فيها الى السلطة الادارية.

الفرضية الثانية: ان الخروج عن المبدأ السابق كان القصد منه العدول، لكن تبين ان العدول جاء نتيجة خطأ، فيتم العدول عنه للمرة الثانية، وهذه الحالة تسمى **العدول على العدول**، في حالة وجود مبدأ قضائي قديم يتم العدول عنه بمبدأ جديد ومن ثم يتم العدول عن الاخير مرة اخرى الى المبدأ القضائي القديم، وهذه الحالة تحدث لسببين **اولهما:** حصول خطأ في التفسير من قبل القاضي اي ان القاضي عدل عن المبدأ القديم نتيجة لتفسيره الخاطئ للنص الدستوري ومن ثم يتبين له خطأه فيعدل عن هذا المبدأ الجديد الى القديم (خصوصاً ان حصول خطأ من قبل القاضي هو امر متوقع لأنه من طبيعة البشر القصور والخطأ)[٣].

---

(1) C.C.N 67-75 DC du 12 Janvier 1977,Rec.P.33,C.C.n 79-109 DC du 9 Janvier 1980.Rec.,P29-et, C.C.N 83-164 DC. du 29 decembre 1983-Rec, P67

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص ٣٣.

(2) C.C.N 86-216 DC. du 3 septembre 1986. Rec.p.135

نقلاً عن عبد الحفيظ علي، المصدر السابق ، ص ٣٣.

(3) op. cit., p.274 S.Cursoux

السبب الثاني: في هذه الحالة القاضي الدستوري يعرض مسألة العدول فأما أن تلقى قبولاً فيتمسك بها او تواجه بالاعتراض فيعدل عنها[1].

ولغرض تمييز العدول القضائي الدستوري ليكون عدولاً حقيقياً وليس عدولا استثنائيا او عدول على العدول ينبغي البحث عن معايير محددة للكشف عنه وهذه المعايير كما نعتقد:-

المعيار الاول . وحدة الموضوع:

ليكون المبدأ القضائي قد تم العدول عنه ينبغي أن يكون هناك اتحاد في موضوع الدعوى التي تم الفصل فيها بحسب المبدأ القضائي الجديد مع الدعوى التي تم الفصل فيها بحسب المبدأ القضائي القديم.

المعيار الثاني . الفترة الزمنية:

أي أن مدة زمنية معينة قد مرت تكفل استقرار العمل بالمبدأ القضائي الجديد وتكفل عدم رجوع القاضي الى العمل بالمبدأ القضائي القديم.

المعيار الثالث . ارادة التغيير:

هنا نبحث عن ارادة القاضي هل هي للتحول او تغيير المبدأ القضائي السابق ام أن ارادته لم تتجه الى ذلك وإنما هو مجرد خروج عرضي أو أستثنائي عن المبدأ القديم.

المطلب الثاني
اهمية العدول في أحكام القضاء الدستوري

ان أغلب حالات العدول تكون بسبب تغير في الظروف أو تصحيح لحكم سابق (خاطئ) – كما اسلفنا – وهذه كلها تصب في مصالح الافراد وحرياتهم وحقوقهم

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص٣٥ .

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٣٧.

الاساسية بصورة مباشرة أو غير مباشرة، سواء أكان العدول كداعم للدستور أم داعم للحقوق والحريات بصورة مباشرة، أم تصحيح ما شاب الحكم من أخطاء.

ونذكر في هذا الصدد القاعدة التي تقضي بانه " لاينكر تغير الاحكام بتغير الازمان " [١] والتي تعني ان الاحكام من الممكن ان تتغير بتغير الزمن والظروف .

والعدول قد يعتريه بعض المساوئ الا ان له من الاهمية بمكان ما يجعلنا غير قادرين على تحاشي وجوده او انكار ما له من فوائد، لذا سنخصص هذا المطلب لبحث موضوع اهمية العدول في احكام القضاء الدستوري وفق التقسيم الاتي:

الفرع الاول: العدول كداعم للدستور.

الفرع الثاني: العدول كداعم للحقوق والحريات الاساسية.

الفرع الثالث: العدول اداة او وسيلة لتصحيح احكام دستورية سابقة.

الفرع الرابع: العدول كوسيلة لتفادي انكار العدالة.

الفرع الاول
العدول كداعم للدستور

لما كان الدستور هو القانون الاسمى في الدولة ويقع على قمة الهرم القانوني فبالتالي لا يمكن مخالفته من قبل اي سلطة من السلطات في الدولة سواء اكانت سلطة تشريعية أم تنفيذية أم قضائية، والدستور بحسب المفهوم الموضوعي يراد به كل القواعد التي تحدد شكل الدولة وشكل حكومتها وتبين تنظيم واختصاص وعلاقة هيئاتها العليا[٢]، في حين ان مفهومه الشكلي ينطبق على القواعد التي يقيمها المشرع (السلطة التأسيسية)، او هي القواعد التي تتضمنها الوثيقة الدستورية[٣].

وتتجلى اهمية الدستور في الشرعية الدستورية التي تعني خضوع الدولة للقانون، فجميع السلطات في الدولة تخضع للدستور عند مباشرتها اختصاصاتها، كما

---

(١) المادة ٥ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .

(٢) د. منذر الشاوي، القانون الدستوري، بغداد: منشورات مركز البحوث القانونية، ١٩٨١، ص ١٢٩. د.علي يوسف الشكري، مصدر سابق، ص ٢٥٥.

(٣) د. منذر الشاوي، المصدر السابق، ص ١٣٢.

ان من اهم شروط قيام الدولة القانونية هو وجود الدستور الذي يحدد شكل الدولة ويحدد نظامها وسلطاتها واختصاصات كل سلطة من السلطات ومبدأ الفصل بين السلطات لمنع تركيز السلطة بيد واحدة(١).

وللأهمية التي تتمتع بها تلك القواعد – سواء أكان وفقا لمفهومه الشكلي ام الموضوعي – فإنها لابد وان تتمتع بحماية قانونية ويقع على عاتق المحاكم الدستورية والقاضي الدستوري واجب تلك الحماية، اي حماية الدستور من الانتهاك أو من الخروج على نصوصه.

والعدول وسيلة من الوسائل الفنية التي تساعد القضاء الدستوري في الدفاع عن الدستور وقد لجأ اليها القاضي الدستوري المقارن في الحالات الاتية:-

أولاً- اللجوء الى وسيلة التصدي لحماية الدستور:-

حق التصدي للقانون غير الدستوري من قبل المحاكم الدستورية، من تلقاء نفسها، من الاختصاصات الممنوحة للمحاكم الدستورية وفيه يتمثل او يتجسد اختصاص الرقابة على دستورية القوانين وبدونه تمارس المحاكم الدستورية البت بدستورية القوانين.

المجلس الدستوري الفرنسي، نجد من ضمن اختصاصه في الرقابة السابقة على القوانين وعلى وجه الخصوص حالات التدخل الاختياري، اذا احيل اليه قانون ما يكون من حقه التعرض لجميع نصوص ذلك القانون المطعون بعدم دستوريته بغض النظر عن الجزء المطعون بعدم دستوريته، فيجوز للمجلس الدستوري الفرنسي ان يتصدى للرقابة على نصوص غير مطعون بعدم دستوريتها من تلقاء نفسه طالما انه قد تم الاحالة اليه من جهة مختصة بالإحالة(٢).

---

(١) د. اشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، عابدين: المركز القومي للاصدارات القانونية ، ط ١، ٢٠٠٧، ص ٩.

(٢) د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٣٥٦.

وعدول المجلس الدستوري الفرنسي عن قراره القاضي بعدم رقابته للنصوص التشريعية التي لم تثر مسألة عدم دستوريتها فيما يخص القوانين العادية، مكتفيا بفحص دستورية القوانين المثارة مسألة عدم دستوريتها، اذ انه يقصر نطاق رقابته على المسائل المطروحة امامه من مقدمي الطلب، الا انه عدل عن موقفه هذا وتصدى لكافة نصوص القانون سواء أكان ما ذكر منها في الطلب ام لم يذكر، طالما ان هناك ارتباط بينهما، وكذلك توسع لمكنة التصدي وجعلها تشمل النصوص التي لا يوجد بينها ارتباط مع النصوص المدعى بعدم دستوريتها[1].

نعتقد ان عدول المجلس الدستوري عن موقفه واللجوء الى وسيلة التصدي ادى حماية الدستور بصورة اكثر فاعلية من ان يقصر رقابته على القانون المطعون بدستوريته.

والتصدي من الاختصاصات الممنوحة للمحكمة الدستورية العليا في مصر بموجب المادة (٢٧) من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل التي نصت على: (يجوز للمحكمة في جميع الحالات ان تقضي بعدم دستورية اي نص في قانون او لائحة يعرض لها بمناسبة ممارسة اختصاصاتها، ويتصل بالنزاع المطروح عليها، وذلك بعد اتباع الاجراءات المقررة لتحضير الدعوى الدستورية).

اي ان التصدي يشترط لأعماله ان يكون النص الذي يرد عليه التصدي متصلا بالنزاع المطروح امام المحكمة، وان تقوم بنفسها (المحكمة الدستورية العليا) بمباشرة هذا الاختصاص من دون وجود طلب من احد الخصوم او وجود دفع لمباشرة هذا الاختصاص، فهي تستطيع اثارة موضوع عدم الدستورية من تلقاء نفسها[2].

ان تطبيق المحكمة الدستورية العليا في مصر لحق التصدي مر بمرحلتين، الاولى طبقت هذا الحق تطبيقا واسعا اذ يمكن لها ان تقضي بعدم دستورية نص قانوني مشابه او مماثل للنص القانوني الخاضع لرقابتها وان لم يرتبط بالنزاع الاصلي المطروح امام المحكمة وهذا الاتجاه اخذت به المحكمة في حكمها الصادر في ايار

---

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٢) د. محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٣٥٦ وما بعدها. د. محمد فؤاد، مصدر سابق، ص ٥٥٤.

١٩٨٢[١]، ثم عدلت عنه الى التفسير الضيق لاختصاصها بحق التصدي اذ اشترطت ان يكون النص الذي تتصدى له في الخصومة الدستورية مرتبطا ارتباطا اصليا بالنزاع المطروح عليها وكان ذلك في عام ١٩٩٧ بمناسبة فحص دستورية الفقرة الثانية من المادة ٥ من قانون نقابة المهن التمثيلية والسينمائية والموسيقية رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٨ والتي تقصر حق اخراج الاعمال المسرحية على المخرج المسرحي وهو ما يتعارض مع مبدأ المساواة المنصوص عليه في الدستور[٢].

ونتفق مع الرأي الفقهي[٣] بانه من غير المقبول ان يخول المشرع المحاكم حق الاحالة ويحرم المحاكم الدستورية ذاتها من استعمال حق التصدي، وهي المحكمة صاحبة الولاية العامة والمنفردة بها فيما يتعلق بدستورية القوانين، ويكون حق التصدي مكملا لحق الاحالة والدفع الفرعي، وعد هذه الحلقات الثلاثة تتعاون من اجل توكيد الشرعية الدستورية.

ونلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قضت أن قانون الانتخابات رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٣ قد صدر مخالفاً للسياقات القانونية (اذ انه بدأ بمرحلة الاقتراح ومن ثم صوت عليه البرلمان دون ان يمر بمرحلة المشروع ويتم عرضه على السلطة التنفيذية – مجلس الوزراء – لإقراره) اذ ان ذلك يعد خرقا دستوريا لمخالفته لأحكام الدستور وتلافيا لهذا الخطأ اصدر مجلس الوزراء كتابا قرر فيه الاجازة اللاحقة لهذا القانون[٤]، بينما نجد في احدى قرارات المحكمة الاتحادية العليا المرقم

(١) نقلا عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٢) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٢٠٨.

(٣) د. عادل عمر الشريف، رقابة الدستورية، ١٩٨٨ ، ص ٤١٢.

(٤) اعلنت الامانة العامة لمجلس الوزراء ان المجلس قرر بجلسته الاعتيادية الحادية عشر المنعقدة بتاريخ ٢٠١٤/٨/٣ اجازة قانون انتخابات مجلس النواب العراقي رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٣ المنشور في الجريدة الرسمية لجمهورية العراق العدد (٤٣٠٠) والمؤرخ في ٢٠١٣/٢/١٢ امام المحكمة الاتحادية العليا ، هذا القرار منشور على موقع الامانة العامة لمجلس الوزراء:

Cabinet.iq/

٢/اتحادية/٢٠٠٥ بتاريخ ٢٠٠٦/٥/٢٩[١] ان: " قانون المرافعات المدنية لم يأخذ بمبدأ الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) الوارد في المادة ٩٢٨ من القانون المدني وان مجال تطبيق هذه المادة هو في المعاملات التي تنشأ بين الوكيل والغير..." وبذلك ينبغي أن يعد غير دستوري وبسبب عدم تقديم دعوى امام المحكمة مستوفية لشروطها لم ينظر في موضوع عدم دستوريته على الرغم من كون هذا القانون مخالف للدستور.

ونجد في قرار اخر لها ينص على انه "... ان تشريع قانون تحديد مدة ولاية رئيس الجمهورية ورئيس مجلس النواب ورئيس مجلس الوزراء كان قد شرع خلافا للدستور لأنه مجرد اقتراح قانون ولم يقدم الى مجلس النواب كمشروع قانون من قبل رئاسة الجمهورية او مجلس الوزراء كما يوجب الدستور ذلك..."[٢]

ونرى ان المحكمة الاتحادية (حامية الدستور) هنا ينبغي عليها بحث موضوع امكانية رقابة دستورية القوانين من قبل المحكمة نفسها من تلقاء نفسها دون الحاجة الى رفع دعوى بعدم الدستورية، أي دون أن يقتصر نظر المحكمة بطلبات المدعى دون سواها، فاذا ما اقتصر النظر بدستورية نص معين تم رفع دعوى الطعن بعدم دستوريته فأن القانون قد يتضمن نص آخر غير دستوري أو مخالف للدستور أو أن هناك قانون آخر يتضمن نصاً مخالفاً للدستور، ولا تقوم المحكمة الاتحادية بدورها كمراقب للدستورية بحسب نص الدستور، وانما تمارس اختصاص البت بدستورية القوانين ليس الا وهو اختصاص قيدت نفسها به فاختصاصها بموجب الدستور اوسع فهي تمارس الرقابة على الدستورية وليس مجرد البت بالدستورية .

ونعتقد انه ينبغي البحث بموضوع الرقابة على دستورية القوانين من دون الحاجة الى رفع دعوى مباشرة بعدم دستورية القانون ، أي ترك المجال للمحكمة الاتحادية للبحث عن القوانين غير الدستورية والغائها بوصفها حامية الدستور وفق مبدأ المشروعية، ولما كانت القاعدة ان ممارسة المحكمة لحق التصدي لابد ان يقوم على سند في القانون كي تتمكن المحكمة من

---

(١) احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للأعوام ٢٠٠٥و ٢٠٠٦ و٢٠٠٧، ص ٦٧.

(٢) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ٦٤/اتحادية / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٦ منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٣ المجلد السادس، ص ٢١٠.

ممارسته، فإننا ندعو المشرع العراقي للنص على حق التصدي في النظام الداخلي او قانون المحكمة الاتحادية العليا وسنده الدستوري في نص الفقرة اولا من المادة ٩٣ من دستور ٢٠٠٥ النافذ " الرقابة على دستورية القوانين" فالمحكمة الاتحادية العليا هي جهة رقابية فضلا عن كونها جهة قضائية، فضلا عن ذلك نجد ان المحكمة الاتحادية حريصة على تطبيق نص المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل اكثر من حرصها على حماية نصوص الدستور هذا من ناحية ومن ناحية اخرى نجد ان المحكمة الدستورية حريصة على تطبيق المادة انفة الذكر بينما المحاكم العادية لها الحق في الفصل في اكثر من موضوع الدعوى بحسب نص المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة ومن باب اولى ان تكون المحكمة الاتحادية العليا هي صاحبة الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين.

ثانياً- الاتجاه نحو رقابة القوانين السابق صدورها دون عرضها على المجلس الدستوري بضوابط محددة.

لم يقبل المجلس الدستوري الفرنسي حتى عام ١٩٨٥ اي طلب برلماني بفحص دستورية قانون بعد صدوره كما لم يقبل اي دفع بعدم دستورية قانون لم يعرض عليه قبل صدوره بمناسبة خصومة مطروحة امام القضاء وعدل المجلس عن موقفه هذا عام ١٩٨٥ [1]، اي ان فرص حماية المجلس الدستوري للدستور الفرنسي زادت عندما افسح المجال في عام ١٩٨٥ للقوانين التي صدرت ولم تعرض عليه ان يبحث او يبت بدستوريتها او عدمه.

الرقابة السابقة على القوانين هو موضوع يخص المجلس الدستوري الفرنسي لان من اختصاصاته النظر بدستورية القوانين قبل صدورها أي انه جهة رقابية سابقة على صدور القانون الى أن صدر تعديل ٢٣ لعام ٢٠٠٨ الذي اضاف الرقابة اللاحقة فضلا عن الرقابة السابقة. في حين ان الرقابة على دستورية القوانين في العراق واغلب الدول هي رقابة لاحقة على صدور القانون.

---

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١١١.

الفرع الثاني
العدول كداعم للحقوق والحريات الاساسية

يتمتع الافراد في الدولة القانونية بالحقوق والحريات بناءً على ارادة المشرع الدستوري، وسبب ادراج هذه الحقوق في الوثيقة الدستورية لنقلها الى مجال الحماية القانونية، اي انها ذات قيمة محددة يتمتع بها الافراد في مواجهة السلطة [1]. وتنص الدساتير على حماية الحقوق والحريات الاساسية للأفراد وتمنع المساس بها من قبل السلطات العامة عن طريق سن تشريعات أو أنظمة أو قرارات قضائية تسلب الفرد حقوقه وحرياته العامة دون وجه حق.

ولما كان العدول القضائي الدستوري يهدف الى دعم حقوق وحريات الافراد سواء أكان العدول عن قرار قضائي صادر بالدستورية أم عدم الدستورية، أم عدول عن حكم قضائي آخر. ومن التطبيقات الدالة على دعم العدول للحقوق والحريات الاتي:-

وفي قرار للمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عدت الحقوق الاقتصادية حقوقا اساسية في بداية القرن العشرين لغاية الثلاثينيات منه، فمثلا حكمت في قضية (lochner v. new york)[2] الذي قضت به المحكمة بعدم دستورية قانون صدر ضد ولاية نيويورك لكونه خرق حرية التعاقد. في حين عدلت عن هذا الاتجاه في حكمها في قضية (west coast hotel company v. parrish)[3] والذي ذهبت فيه الى ان الحقوق الاقتصادية ومن بينها حق التعاقد هي حقوق مشروطة وليست مطلقة.

---

(١) د. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، القاهرة: دار الشروق، ص ٣٧.

(2) lochner v. new York 198 us 45(1905).

اذ اصدرت ولاية نيويورك قانونا حدد عدد ساعات العمل للخبازين خلال اليوم ب ١٠ ساعات وخلال الاسبوع ب ٦٠ ساعة بحجة حماية صحة الخبازين .

(3) West coast hotel co. v. parrish، 300 US 379، (1937)

اذ قضت المحكمة بدستورية قانون الحد الادنى للاجور التي سنتها ولاية واشنطن .

نقلا عن حسين جبر الشويلي، قرينة دستورية التشريع، اطروحة تقدم بها الى كلية القانون جامعة بابل عام ٢٠١٤، ص ٩٩.

وقد استعملت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية مبدأ المساواة لمحاربة التمييز العنصري ضد السود الا ان المحكمة قررت ان المساواة تكون في الحقوق الخاصة ولا يمتد الى الترتيب الاجتماعي كما في حكمها في قضية (plessy V. Ferguson) [١]، اذ حكمت بدستورية تشريع اصدرته ولاية اريزونا ينص على تخصيص عربات للبيض واخرى للسود في القطارات، ثم عدلت عن هذا الحكم ليشمل المساواة الكاملة بين البيض والسود وذلك في حكمها في قضية Brown V. Board of education [٢] اذ قررت هذه المحكمة ان المساواة في حماية القوانين يفرض قيدا على سلطة الولايات بخصوص التمييز بين الاشخاص على اساس انتمائهم الى طبقات معينة بما فيها التمييز بسبب العنصر او الجنس.

ومنها ايضا القرار الصادر في ١٦ تموز ١٩٧١[٣] من المجلس الدستوري الفرنسي القاضي بإضفاء القيمة الدستورية على مقدمة دستور ١٩٥٨ وذلك للبحث عن اساس دستوري لحماية حرية من الحريات الاساسية وهي حرية تكوين الجمعيات وقبل هذا القرار كان المجلس الدستوري يرفض ان يضفي اي قيمة دستورية على مقدمة دستور السنة الخامسة.

ومن قبيل الامثلة الاخرى نذكر أيضاً قرار للمحكمة الدستورية الالمانية الصادر في ٢٣ تشرين الاول ١٩٥١ اذ كانت تعطي تفسيراً ضيقاً لمبدأ المساواة امام القانون وفي عام ١٩٨٠ عدلت المحكمة عن موقفها السابق وقضت بأن الافراد جميعاً متساوون أمام القانون[٤].

---

(١) نقلاً عن عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية ، مركز رينيه، جان دبوي للقانون والتنمية، ص ٧٧ هامش (١). Plessy V.Ferguson 163 us 537 (1896)

(٢) نقلاً عن عوض المر، مصدر سابق، ص ٧٧ هامش (١)

Brown V. board of education 347 us 483 (1954)

(3) C.C. n 71-44 DC du 16 Juillet 1971،Rec. P.29

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٠٠.

(٤) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٠٣.

الفرع الثالث
العدول أداة أو وسيلة لتصحيح احكام دستورية سابقة

ذكرنا سابقاً أن أحكام القضاء الدستوري قد يشوبها الخطأ والقصور لأنها من أعمال البشر وهي تستمد هذه الصفة من طبيعة البشر التي يشوبها الخطأ والقصور، والمفترض أن تقوم المحاكم الدستورية بتصحيح الخاطئ من أحكامها وتطوير ما لا يتماشى مع التطور الحاصل في الظروف الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.

وتظهر اهمية تصحيح الخاطئ من الاحكام الدستورية من كون هذه الاحكام لها من الحجية بما يجعلها سابقة قضائية او ان يتجه القضاء الى توحيد احكامه بصدد موضوع ما لتحقيق الاستقرار القانوني او الامن القانوني ان كان النظام المتبع لا يعتمد على السوابق القضائية، لان الحكم الدستوري يرتبط بصورة مباشرة بالدستور من حيث تفسيره او تطبيق مبدأ المشروعية.

وتنص القوانين على الحجية المطلقة والثبات و الالزام لاحكام المحاكم الدستورية، وكذلك تختلف الانظمة القانونية في درجة التزامها بالسوابق القضائية الدستورية كما ذكرنا سابقاً فان كانت الدولة تتبع النظام اللاتيني فلا تثور أي مشكلة لأنه من السهولة تصحيح الحكم السابق و لا الزام للسوابق القضائية ومن الممكن العدول عنها.

أما بالنسبة للأنظمة الانكلوسكسونية فهي تعد السوابق القضائية مصدر رسمي للقانون ولها صفة ملزمة ومن الصعوبة العدول عن مبدأ قضائي سابق، لكن التطبيق العملي يبين لنا كثرة العدول القضائي الدستوري الذي قامت به المحاكم الدستورية التي تتبنى النهج الانكلوسكسوني وذلك بسبب خطأ الحكم السابق أو عدم مواكبته للتطور الحاصل في المجتمع.

ومن ذلك حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عام ١٩٥٢ في قضية Rochin V. California[1] اذ رأت المحكمة في اقتحام منزل المتهم والهجوم عليه في فراشه لضبط مخدر يحتفظ به الى جواره ثم نقله بعد ذلك عنوة الى المستشفى واخراج المخدر من جوفه

(1) Rochin V. California 342 us 165 (1952)

عن طريق ادخال محلول مقيء الى جوفه رأت المحكمة في ذلك خروجاً صارخاً على شرط الوسائل القانونية السليمة، واما في قضية Irvine V.California[1] اذ رفضت المحكمة سابقة روشين هذه على الرغم من ان رجال البوليس قد لجأوا لاثبات ادانة المتهم الى اصطناع مفتاح مزور لمنزله ودخول المنزل في غيبته وتثبيت جهاز تسجيل في احدى الغرف ثم عن طريقة تسجيل مناقشات تثبت ادانة المتهم[2].

ويذهب رأي فقهي[3] الى ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق شهدت في اولى قراراتها شيء من الارباك اذ نجدها قد تصدت لتفسير العديد من النصوص القانونية فضلا عن النصوص الدستورية ومنها طلب تفسير الفقرة/٦ من م/١ من قانون التقاعد الموحد رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٦ والمواد ٣٧ و ٣٨ من قانون الاستملاك رقم ١٢ لسنة ١٩٨١ ولكنها عدلت في موقفها مصححة مسارها اذ امتنعت عن التصدي لتفسير نصوص القوانين، اذ ان تفسير تلك النصوص يدخل ضمن اختصاص مجلس شورى الدولة مثلا في حال الطلب، وقد يبادر المشرع الى التفسير التشريعي بتشريع لاحق. ونرى ان تفسير المادة ٣٧ و ٣٨ في قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق المرقم ٢٥/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٨/١/٨[4] جاء بمناسبة الرقابة على دستورية القوانين وهذا امر لابد منه باعتقادنا لضمان مقارنة المادة القانونية بالنص الدستوري.

قضت المحكمة الاتحادية العليا في العراق في قرارها المرقم ٩/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/١٦ [5]بان "... ومن خلال تدقيق احكام المادة ١١٥ والمواد الاخرى من دستور ٢٠٠٥ تبين ان مجلس المحافظة لا يتمتع بصفة تشريعية لسن القوانين المحلية، ولكن يمارس صلاحياته الادارية والمالية الواسعة استنادا الى حكم الفقرة ثانيا

---

(1) Irvine V.California 347 us 128 (1954)

(٢) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٣٠٣ هامش (٢).

(٣) د. حنان محمد مطلك القيسي، الاختصاص التفسيري للمحكمة الاتحادية العليا في العراق، مجلة المسلة، العدد ١ ، السنة ٢٠١٠ ، ص ١٤١.

(٤) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧) ص ٥٩.

(٥) نقلا عن: د. علي هادي، مصدر سابق، ص ٢٥٦. و علاء صبري التميمي، قرارات واراء المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، ٢٠٠٩، ص ٢٤٦.

وليس ثالثا كما جاء في القرار من المادة ١٢٢ من الدستور..." بينما ذهبت في قرارات تالية لها بان مجلس المحافظة يتمتع بصلاحيات تشريعية لسن القوانين المحلية وذلك في قرارها المرقم ١٣/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٧/٣١ [١] اذ نص على "... ان استقراء مضامين هذه المواد يشير الى صلاحية مجلس المحافظة بسن التشريعات المحلية لتنظيم الشؤون الادارية والمالية...".

فهنا المحكمة الاتحادية العليا في العراق صححت الحكم السابق عن طريق العدول عن الحكم القضائي الدستوري الى حكم اخر صحيح يتوافق واحكام الدستور .

الفرع الرابع
العدول كوسيلة لتفادي انكار العدالة

انكار العدالة تعني امتناع القاضي عن اصدار الحكم بحجة سكوت القانون لان من واجبه ان يفصل فيما يعرض عليه من منازعات[٢].

نصت المادة ٣٠ من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل على انه " لا يجوز لاي محكمة ان تمتنع عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن الحكم بحجة غموض القانون او فقدان النص او نقصه والا عد القاضي ممتنعا عن احقاق الحق ، ويعد ايضا التأخر غير المشروع عن اصدار الحكم امتناعا عن احقاق الحق " .

فكرة انكار العدالة في القضاء الدستوري لها صور متعددة فلا تنحصر كما في القضاء العادي في الامتناع عن الفصل في دعوى صالحة للفصل فيها، بل تشمل تقييد القاضي الدستوري لاختصاصه دون سند قانوني وبالتالي رفضه لقبول الدعوى الدستورية دون اي اساس قانوني [٣].

فاذا ما قام القاضي الدستوري برفض دعوى تحت ذريعة عدم الاختصاص فيستطيع فيما بعد العدول عن موقفه وممارسة اختصاصه وهذا العدول يمثل دعامة

---

(١) منشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للاعوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و ٢٠٠٦) ، ص ٥٣

(٢) رياض القيسي، علم اصول القانون، بغداد: بيت الحكمة، ط ١، ٢٠٠٢، ص ٣٢٧.

(٣) عبد الحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص ١١٢ .

للدستور فهو يصحح الحكم القضائي الدستوري المنكر للعدالة. ونجد تطبيق ذلك في حكم المجلس الدستوري الفرنسي برقابة القانون السابق صدوره لتفادي فكرة انكار العدالة بصورة كلية ، الذي عدل فيه عن موقفه برفض فحص دستورية قانون بعد صدوره كما لم يقبل اي دفع بعدم دستورية قانون لم يعرض عليه من قبل بمناسبة خصومة مطروحة امام القضاء(١).

نلاحظ ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق قد قررت عدم اختصاصها بنظر الدعاوى المرفوعة امامها تقريبا ١٣٥ مرة من سنة٢٠٠٥ الى ٢٠١٣ وهذا عدد كبير نسبيا، كما لاحظنا ان عددا منها كان بسبب طلب المدعي الذي يرد وفيه خطأ في صياغة الطلب، وبما ان المحكمة الاتحادية العليا مقيدة بقانون المرافعات المدني رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل الذي نص في المادة ٢٠٣ منه على انه " للخصوم ان يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام ... وذلك في الاحوال الاتية:... ٥- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهريا اذا... فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى بأكثر مما طلبوه...".

وان المحكمة الاتحادية العليا ليس لها قانون اجرائي او قانون مرافعات خاص بها لذلك ليس لها ان تبت بطلب للمدعي الذي ورد في صياغة خاطئة يجعل الامر غير منوط بالمحكمة الاتحادية العليا، وبما ان المحكمة الاتحادية العليا قيدت اختصاصها بالرقابة على دستورية القوانين، واكتفت بالبت بدستورية القوانين ليس الا، وتخلت عن حقها في التصدي للقوانين غير الدستورية، والذي يجعلها مؤسسة لا تحمي الدستور وانما هيئة قضائية تبت في الدعاوى المرفوعة امامها، كما انها ليس لها ما للمحاكم العادية التي لها ان تطلب البت بشرعية نص في قانون او نظام و تعليمات – من تلقاء نفسها – يتعلق بدعوى مرفوعة امامها، اذ ترسل طلبا معللا الى المحكمة الاتحادية العليا للبت فيه ولها ان تستأخر الدعوى لحين البت بالطلب، اما المحكمة الاتحادية العليا اذا ما وجدت ان قانونا مخالفا للدستور فليس لها ان تتصدى للقانون

C.c.،n78-96 DCdu 27 juillet 1978، Rec.,p29

نقلا عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١١٢.

غيرالدستوري ا وان تبت بالدستورية قبل الحكم بموضوع الدعوى الاصلي ، ونجد تطبيق ذلك في قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق اذ نصت المحكمة الاتحادية في قراراها المرقم ٧٤/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٣[١] "... وجد ان الطلب الوارد انفا يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا المنصوص عليه في المادة ٩٣ من دستور جمهورية العراق والمادة ٤ من قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ والمادة (٢٠/ثالثا/٢) من قانون المحافظات غير المنتظمة بإقليم رقم ٢١ لسنة ٢٠٠٨... ".بينما نصت في قرار سابق لها المرقم ١٦/اتحادية/ ٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١ [٢] "... فقد وجدت المحكمة من استقراء الاختصاصات المناطة بالسلطة الاتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور عدم وجود ما يشير الى اناطة صلاحية التعيين والاقالة للأجهزة الامنية بالسلطة الاتحادية وحيث ان المادة ١١٥ من الدستور نصت بان (كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم) وبذا فان التعيين والاقالة للأجهزة الامنية تكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم...".

ففي قرارها الاول كان استيضاح من قبل محافظ ذي قار عن مدى صلاحية المحافظ بالإقالة والتنسيب والنقل بين دوائر الوزارات في المحافظة الواحدة لأصحاب المناصب العليا، علما ان اصحاب المناصب العليا هم المديرون العامون ورؤساء الاجهزة الامنية في المحافظة وكان قضاء المحكمة بعدم اختصاصها بالفصل في موضوع الدعوى، على الرغم من انها في قرار سابق والذي كان استيضاح من قبل البرلمان حول صلاحية التعيين والاقالة للأجهزة الامنية تكون من ضمن صلاحية سلطات المحافظات ام السلطة الاتحادية، وكان الجواب من المحكمة الاتحادية العليا

(١) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠٠٩، المجلد الثاني، نيسان ٢٠١١، ص ٢٣١

(٢) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية للاعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧)، ص ٥٥.

بانها من صلاحية سلطات المحافظات، فعلى الرغم من ان موضوع الدعويين واحد الا ان البت به كان بطريقة مختلفة.

وكذلك حكمها في قرارها المرقم ٤٨/ اتحادية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٧/٢٣[١] الذي نص على انه "... وجد ان المدعي يطلب بدعواه من المحكمة الاتحادية العليا الحكم بتعديل الخطوة الثالثة من خطوات نظام توزيع المقاعد والخاصة باحتساب (كوتا النساء) في قانون مجلس المحافظات رقم ١ لسنة ٢٠١٣... وليس من بينها البت بطلب المدعي بالتعديل وبناءً عليه يكون البت بطلب المدعي خارج اختصاص المحكمة...".

وفي قرارها المرقم ٣٦/اتحادية/٢٠١٣ في ٢٠١٣/٨/٢٦ [٢] نصت على انه "... قرر الحكم بعدم دستورية الخطوة الثالثة (حساب كوتا النساء) من نظام توزيع مقاعد مجالس المحافظات والاقضية والنواحي... ".

الملاحظ من الدعويين انهما يتشابهان في موضوعهما وهو (احتساب كوتا النساء) في مجالس المحافظات، الا ان الطلب الثاني جاء وفق صيغة مقبولة من قبل المحكمة الاتحادية العليا، بينما الطلب الاول جاء وفق صيغة تجعل المحكمة الاتحادية العليا غير مختصة بنظر الدعوى، بسبب كون المحكمة الاتحادية العليا تعمل وفق قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل لان القانون يقيد القضاة بالحكم وفق طلبات الخصوم وذلك في المادة ٢٠٣ منه التي نصت على انه "للخصوم ان يطعنوا تمييزا، لدى محكمة التمييز في الاحكام...وذلك في الاحوال الاتية:...٥- اذا وقع في الحكم خطأ جوهري ويعتبر الخطأ جوهريا اذا... و فصل في شيء لم يدع به الخصوم او قضى بأكثر مما طلبوه... " ونجد ان هذه المادة وردت في الفصل الخامس – التمييز.

ونعتقد ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق ينبغي ان لا تقيد نفسها بقانون المرافعات المدنية العراقي سالف الذكر كونه ينظم اجراءات الدعاوى المدنية والتي يكون

(١) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٣، المجلد السادس ، ص ٢٨.

(٢) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠١٣، المجلد السادس، ص ٥٤.

الخصوم فيها بمركز قانوني متساوي، اي يحكم الدعاوى التي يكون اطرافها من الاشخاص الطبيعية او المعنوية بينما الحكم القضائي الدستوري ذو طبيعة تختلف عن الحكم في الدعاوى المدنية لذلك ليس على المحكمة ان تقيد نفسها بقانون المرافعات المدنية هذا اولا، اما ثانيا فقد نصت المادة ٣ من النظام الداخلي للمحكمة رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ على ان للمحاكم من تلقاء نفسها اذا رأت ان قانون ما يتعارض مع الدستور لها ان تستاخر الدعوى وتقدم طلب للمحكمة للبت في دستورية القانون، ونعتقد انه ان كان للمحاكم العادية استأخار الدعوى وتقديم طلب للمحكمة للبت في دستورية القانون فانه من باب اولى ان يكون للمحكمة الاتحادية التصدي للقانون غير الدستوري .

ومن ناحية ثالثة كون النص الدستوري واضح اذ انه جعل المحكمة الاتحادية مراقبة للدستورية وليس مجرد محكمة موضوع تبت في الدعاوى المرفوعة امامها (البت بدستورية القوانين) وكما نعلم ان واضعي الدستور اذا ما ارادوا صياغة الدستور فانهم يعتمدون على التجارب السابقة للبلد (الدساتير السابقة للعراق) او تجارب الدول المقارنة (دساتير دول اخرى) .

اوضحنا سابقا ان كل الدساتير العراقية – التي نصت على تكوين المحكمة الدستورية – جعلت اختصاصها يقتصر على البت بدستورية القوانين ومنها القانون الاساسي لسنة ١٩٢٥ الملغى ودستور ٢١/ايلول /١٩٦٨ الملغى وقانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى ، والدستور المصري لعام ٢٠١٤ نص في المادة ١٩٢ منه على ان من اختصاصات المحكمة الدستورية العليا في مصر الرقابة القضائية على دستورية القوانين، ويثور تسائل هنا حول سبب اختيار المشرع الدستوري لعبارة الرقابة على الدستورية بدل البت بدستورية القوانين، ونعتقد هنا ان السبب هو ان المشرع الدستوري اراد للمحكمة الاتحادية ان تمارس دور اوسع من البت بدستورية القوانين، وهو الرقابة على دستورية القوانين ، فاراد ان يطبق تجربة مصر والدول التي تحذوا حذوها في الرقابة على الدستورية .

المبحث الثاني
انواع العدول في احكام القضاء الدستوري

الحكم القضائي الدستوري، سواء في الدول التي تعتمد النظام اللاتيني ام الانكلوسكسوني، اي أكان سواء كانت احكامها تعتمد على القانون فقط في حل المسائل المعروضة على القضاء ام تعتمد على السوابق القضائية فضلا عن الحكم القضائي السابق، فيمكن العدول عن احكام القضاء فيها اما بسبب صدور نص دستوري او تغير او تطور حصل على ارض الواقع.

وقد يحصل التغيير في الحكم الدستوري بوساطة الوسائل المتبعة في العدول وهي المدة الزمنية التي يستغرقها العدول، و من حيث اعلان ارادة القاضي الدستوري، و من حيث منهج القاضي الدستوري.

فاذا كان الحكم الدستوري قد تغير بصورة تدريجية، اي استغرق مدة زمنية طويلة نسبيا، صدر خلالها عدد من الاحكام الدستورية تحتوي كل منها على تغيير بسيط يؤدي في النهاية الى تغيير في الحكم الدستوري السابق، او ان يتم بصورة سريعة وبدون سابق انذار.

وكذلك يتبع القاضي الدستوري اسلوب ذكر الحكم القديم فيه ومقارنته بالحكم الجديد ويعلن العدول عن الحكم السابق مع بيان الفارق بين الحكمين وسبب العدول، او ان يتغاضى عن الحكم القديم ولا يقوم سوى بذكر الحكم الجديد في الدعوى الدستورية.

وللقاضي الدستوري منهج معين في العدول فقد يذكر عبارات محددة للعدول او ان يتم العدول بعبارات عامة وقد تكون غير مفهومة وتثير ارباك في تبني مبدأ قانوني جديد او لا.

ولا جدال في ان الحكم القضائي الدستوري اذا ما صدر فانه سيرتب اثار قد تكون سلبية وقد تكون ايجابية بالنسبة للمجتمع الذي صدر فيه الحكم القضائي، وكذلك العدول عن هذا الحكم قد يرتب اثارا ايجابية و سلبية على المجتمع، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب على ثلاثة فروع وكالاتي:

المطلب الاول: انواع العدول من حيث السبب المؤدي له

المطلب الثاني: انواع العدول من حيث الوسائل التي يتبعها القاضي الدستوري

المطلب الثالث: انواع العدول من حيث اثاره.

المطلب الاول

انواع العدول من حيث السبب المؤدي له

يقسم العدول من حيث السبب المؤدي له على عدول واقعي ان كان السبب المؤدي له يعود الى تغير الظروف اي بسبب تغير الواقع وارتأى القاضي العدول عن الحكم السابق، اما ان كان سبب العدول يرجع الى تغيير او تعديل حصل على القاعدة القانونية المطبقة سابقا كان العدول قانوني، وهذا ما سنحاول بيانه فيما سيأتي:

١. العدول الواقعي:

لما كان المجتمع هو الذي يجهز المؤسسات القضائية بالملاكات والكوادر التي من شأنها أن تضع القوانين موضع التنفيذ ولما كانت العادات والتقاليد والقيم والدين هي ما تعتمد عليه القوانين وبدونها من الصعوبة صناعة القانون لأنها تعد من اهم المصادر الاجتماعية للقانون، لذلك وبما أنه القانون يشرع بإيعاز من المجتمع وظروفه والمجتمع هو الذي يجهز المؤسسات القضائية بالملاكات والكوادر فان القضاء والقضاة ما هم الا مؤسسة تعد جزءا من المجتمع وتتأثر به[١] ولذلك فان أي قاض لا يتلائم مع مجتمعه ومع محيطه سيكون وجوده وشرعيته مهددة وسيصبح غير فعال داخل هذا المحيط والمجتمع[٢]. وبالتالي تكون احكامه غير متجانسة مع المجتمع وتقاليده وعاداته والدين وستكون عرضة للعدول عنها وتغييرها تغييرا يتطابق مع عادات المجتمع وتقاليده .

وللمحكمة العليا الامريكية الكثير من القرارات التي عدلت فيها عن احكام سابقة[٣] نذكر منها قرار المحكمة العليا القاضي بان صفة دافع الضرائب لا تخول صاحبها الحق في ان يطعن بدستورية التشريعات التي تتضمن اوجه الانفاق

---

(١) احسان محمد الحسن ، علم الاجتماع القانوني ، عمان ، دار وائل للنشر ،ط١ ،٢٠٠٨ ، ص٩٤.

(2) S. Curoux, op.cit, p. 175. نقلاً عن د. علي عبد الحفيظ ، مصدر سابق ، ص ١٤٤

(٣) ينظر: Michael j. Gerhardt, the power of precedent, oxford u ،u.s.a new York. niversity press, 2008, p206 ، حيث يحتوي على جدول بالقرارات التي عدلت عنها المحكمة العليا من تلقاء نفسها دون تدخل قانوني وبلغ عدد القرارات التي عدل عنها من بداية نشوء المحكمة العليا الى عام ٢٠٠٥ حوالي ٢٢٨ مرة.

الحكومي[١]، والذي عدلت عنه فيما بعد لتقرر ان صفة دافع الضرائب كافية للطعن بدستورية تشريع اذا تضمن هذا التشريع انفاقا حكوميا يتعارض مع مبدأ الفصل بين الدين والدولة[٢].

ومن تطبيقاته الفرنسية في قرار المجلس الدستوري الفرنسي في عام ١٩٨٢ اذ كان يرفض استقلال مقاطعة (de la corse) بنظام خاص بها واوجب خضوعها للقانون العام الذي يتعلق بالدولة ولا يكون لها نظام قانوني مخالف للقانون العام[٣] في حين عدل المجلس عن قراره عام ١٩٩١ واجاز انشاء تنظيم اداري مستقل لهذه المقاطعة اذ رأى المجلس أن الامساك بنظام الدولة المركزية الادارية اصبح امرا بائدا ولا يمكن استمراره[٤].

وفي المحكمة الاتحادية العليا في العراق لها أيضاً قرارات متعددة عدلت فيها عن احكامها السابقة نذكر منها القرار المرقم ١٦/اتحادية/٢٠٠٧ في ٢٠٠٧/٩/١١[٥] الذي جاء فيه (.. وجدت المحكمة من استقراء الاختصاصات المناطة بالسلطة الاتحادية الواردة في الباب الرابع من الدستور عدم وجود ما يشير الى اناطة صلاحية التعيين والاقالة للأجهزة الامنية بالسلطة الاتحادية واذ أن المادة (١١٥) من الدستور نصت (بأن كل ما لم ينص عليه في الاختصاصات الحصرية للسلطات الاتحادية يكون من صلاحية الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة في اقليم)، وبذا فأن التعيين والاقالة للاجهزة الامنية تكون من صلاحيات الاقاليم والمحافظات غير المنتظمة باقليم..).

---

(1) Frothingham v. mellon 262 us 447 (1923). نقلا عن د. حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٨٤.

(2) Flast v. cohen،392 us 83(1963) نقلا عن د. حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٨٥.

(3) Cf., surtout, cons. const., n82-138DC, 25fevr,1982,statute de la corse, REC. 41RJC 1-117;GDCC n32.

(4) Cons.const.,n91-290DC, 9 mai 1991، statute de la corse REC, 50;RJC 1-438 ;GDCC.n 41.

(٥) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لأعوام (٢٠٠٥، ٢٠٠٦، ٢٠٠٧)، ص ٥٥.

وتم العدول عنه بالقرار رقم ٧٤/اتحادية/٢٠٠٩ في ٢٠٠٩/١٢/٣[١] اذ وردها استيضاح من قبل محافظ ذي قار عن مدى صلاحية المحافظ بالإقالة والتنسيب والنقل بين دوائر الوزارات في المحافظة الواحدة لأصحاب المناصب العليا

وجاء قرار المحكمة كالاتي (.. وجد أن النظر في الطلب الوارد آنفاً يخرج عن اختصاص المحكمة الاتحادية العليا..)[٢].

ويتبين لنا ان القرارات السالفة الذكر تم فيها العدول بارادة القاضي الدستوري وليس بسبب تعديل القاعدة القانونية المتبعة او المطبقة .

٢. العدول القانوني:

العدول القانوني (بصورة عامة) هو العدول الذي لا يحدث نتيجة لإرادة القاضي انما بسبب سن تشريع من قبل السلطة التشريعية ينتهج فيه القانون حل معين لمسألة معينة تخالف ما يطبقه القضاء، والقاضي لا يكون امامه سوى تطبيق القاعدة القانونية الجديدة[٣].

وهذا النوع من العدول يكون اما بسبب انتهاج القاضي الدستوري لمنهج معين في التفسير أو في الحل الدستوري لا يتفق مع او لا يقبل اجازة القانون الخاضع لرقابته أو أن

---

(١) المنشور في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا للعام ٢٠٠٨ /٢٠٠٩ ، المجلد الثاني ، نيسان ٢٠١١ ، ص ٢٣١.

(٢) انظر احكام المحكمة الاتحادية العليا للاعوام (٢٠٠٨-٢٠٠٩) المجلد الثاني الصادر في نيسان ٢٠١١ ، ص ٢٣١.من مقابلة جرت يوم الثلاثاء المصادف ٢٠١٤/٨/٢٦ مع القاضي جعفر ناصر عضو المحكمة الاتحادية العليا في العراق من الساعة ٩ صباحاً الى الساعة ١١ صباحاً اذ تم الاستفسار منه عن هاتين الدعويين ان الدعوى الاولى جاءت بطلب تفسير من مجلس النواب ومن اختصاص المحكمة الاجابة عن طلبات التفسير الواردة اليها من مجلس النواب اما الدعوى الثانية فقد طلب محافظ ذي قار بيان صلاحياته وهذا من اختصاص مجلس شورى الدولة وليس من اختصاص المحكمة الاتحادية العليا. وذكرنا انه اذا لم تتقيد المحاكم العادية بنص المادة ٢٠٣ من قانون المرافعات المرقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل فكيف تلزم المحكمة الاتحادية نفسها بهذا النص.

(٣) francis delperee K op.cit . p .3 .

العدول القانوني جاء نتيجة مباشرة لتعديل النص الدستوري نفسه من جانب السلطة المختصة وهناك اربع مناسبات جرى بها تعديل للسوابق القضائية في الولايات المتحدة الامريكية عن طريق التعديل الدستوري كان اولها السابقة القضائية التي اقرتها المحكمة والتي تتضمن حق المواطن الذي ينتمي الى ولاية في مقاضاة ولاية اخرى امام القضاء الاتحادي وذلك في قضية Chisholm v. Georgia[١] عام ١٧٩٣ ولم يتم الغاء هذه السابقة الا عن طريق التعديل الدستوري الحادي عشر عام ١٧٩٨ الذي يمنع رفع دعوى مباشرة على الولايات امام القضاء الاتحادي من قبل مواطني الولايات الاخرى او رعايا الدول الاجنبية.

السابقة الثانية في هذا الخصوص كانت في القضية التي حكمت بها المحكمة العليا بعدم دستورية قانون مصالحة ميسوري (Missouri compromise) الذي كان يعد خطوة قانونية مهمة بأتجاه محاربة العبودية وتلك هي قضية Dread scott V.sandford [٢].

وكانت السابقة الثالثة التي الغيت عن طريق التعديل الدستوري هي السابقة التي اقرتها المحكمة في قضية (Pollock V.Farmers Loan and Trust Co)[٣] هذه القضية التي قضت فيها المحكمة ان ضرائب الدخل على ارباح الاسهم والفائدة والايجارات التي فرضها قانون ضريبة الدخل كان غير دستوري والتي الغيت بالتعديل السادس عشر للدستور الامريكي. أما آخر السوابق التي تم الغاؤها عن طريق التعديل الدستوري فهي حكم المحكمة في قضية (Oregon V. Mitchell)[٤] والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية نصوص قانونية في قانون حق التصويت (Voting Rights Act) والتي تم الغاؤها عن طريق التعديل الدستوري السادس والعشرين[٥].

(1) Chisholm v. Georgia 2 us 419 (1793).

(2) Dread scott v.sandford 60 us 393 (1857)

(3) Pollock v. farmers loanand trust co.157 us 429 (1895)

(4) Oregon v. Mitchell 400 us 112 (1970)

(٥) أنظر: د. حسين جبر الشويلي، مصدر سابق ، ص١٤٨.

ففي الحالة الاولى (انتهاج القاضي الدستوري لمنهج معين في التفسير او الحل الدستوري) يتم اجبار القاضي على تبني حل معين عن طريق التعديل الدستوري وهذه الصورة من صور التعديل الدستوري يصفها الفقه الفرنسي بالتعديل المخالف(١).

وهذه الصورة من صور التحول ما هي الا التفاف على ارادة وقرار القاضي الدستوري وقد يكون القصد منها تحقيق مآرب سياسية، ففي فرنسا رفض المجلس الدستوري العدول عن تفسيره لمبدأ المساواة على اساس الجنس اذ رفض تخصيص حصة للمرأة في مباشرتها للحياة السياسية، وذلك في قرار اصدره في عام ١٩٨٢ اذ ذهب الى ان فكرة المواطنة تفتح الباب للترشيح والانتخاب وفقاً لشروط واحدة ومماثلة لكل شخص لم يستبعد بسبب السن او عدم الاهلية او الجنس(٢)، وكرر المجلس رفضه للموضوع نفسه في قرار آخر عام ١٩٩٩. ونتيجة لعدم تغيير المجلس لقراره وموقفه بخصوص تحديد حصة سياسية للمرأة محجوزة لها ونتيجة للتعديل الدستوري عدل المجلس الدستوري عن موقفه الرافض في عام ٢٠٠٠(٣).

ونجد تطبيقه في فرنسا عندما اقر التعديل الدستوري في تموز ٢٠٠٨ لإقرار الرقابة اللاحقة على دستورية القوانين، فاذا ما طرحت مسألة الدستورية بمناسبة تطبيق قانون مشكوك في دستوريته امام القضاء العادي أو الاداري و احيلت هذه المسألة امام المجلس الدستوري سيكون له الحق في فحص هذا القانون وهذا التعديل القانوني

---

(١) التعديل المخالف: كل تعديل دستوري تالي لرقابة القاضي الدستوري لنص تشريعي عادي ليكون دستورياً بعد ذلك كما هو الحال في فرنسا بالنسبة للقرار رقم ٣٢٥ الخاص برقابة القانون الصادر بالتصديق على معاهدة تنظيم الهجرة انظر في ذلك: عبد الحفيظ علي الشيمي، التحول في احكام القضاء الدستوري، مصدر سابق، ص ١٥١.

(2) Cons.const.n82-146DC, 18 nov.1982Quotas parsexe1REC.66; RJC 1-184. GDCC, n31.

(3) Cons.const;n99 -407 DC, 14janv. 1999،Quotas par sexeII 21.RJC,1-798 GDCC,n31.

يتسبب في عدول المجلس الدستوري عن احكامه السابقة القاضية بعدم اختصاص المجلس الدستوري بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين[١].

ومثال ذلك في مصر ، قرار رئيس الجمهورية المصري رقم ١٦٨ لسنة ١٩٩٨ والذي عدل المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، اذ جعل احكامها الصادرة بعدم دستورية النصوص الضريبية لها اثر مباشر ولا تسري على الماضي وهذا التعديل جاء مخالفا لأحكام المحكمة الدستورية العليا الذي قضى بان سريان احكامها يكون باثر رجعي، اذ ان التعديل القانوني سبب عدول المحكمة الدستورية عن احكامها (عدول قانوني) وذلك في حكمها في القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضاء دستوري[٢] الذي الغت فيه الضريبة على رؤوس الاموال.

المطلب الثاني
انواع العـــدول من حيـــــث الوسائل التي يتبعها القاضي الدستوري

يقسم العدول من حيث الوسائل التي يتبعها القاضي الدستوري على انواع قد تتعلق بالمدة الزمنية التي يستغرقها العدول، و من حيث اعلان ارادة القاضي الدستوري، و من حيث منهج القاضي الدستوري، وكالاتي:

الفرع الاول
انواع العدول من حيث الزمن الذي يستغرقه

يقسم العدول من حيث الزمن الذي استغرقه على عدول مفاجيء او عدول تدريجي.

١. العدول المفاجئ:

(١) تعديل نص م/٦١ من الدستور الفرنسي.

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٧ قضاء دستوري جلسة ٧ سبتمبر ١٩٩٦، المجموعة، ج ٨، ص ٨٧.

العدول المفاجئ هو العدول عن مبدأ قضائي سابق اما دون وجود اشارة او نذير بأن هناك عدول مستقبلي عن حكم قديم او سابقة قضائية او يوصف بأنه مفاجئ لأنه لا يوجد فاصل زمني كبير بين القضاء القديم او الحديث [١] ، مثال ذلك هجر المجلس الدستوري الفرنسي قراره الصادر في ٢٥ تموز ١٩٧٩ الذي يعتد بمعيار طبيعة النشاط في تصنيفه للمؤسسات والمنشآت العامة والذي عدل عنه بعد شهرين من قضائه السابق ، وكذلك في قرار المجلس الدستوري الخاص بتثبيت الاسعار الصادر في ٢٧تموز ١٩٨٢ ومن ثم عدل عن قراره بعد ثلاثة ايام في ٣٠ تموز ١٩٨٢[٢].

ومن تطبيقات العدول المفاجئ في احكام وسوابق المحكمة الاتحادية في الولايات المتحدة الامريكية عدولها في قضية (Estelle v. mcQuire[٣]) عن السابقة (Yates v. evatt) [٤] بعد خمسة اشهر منها .

أما في العراق فقرارات المحكمة الاتحادية العليا التي تم العدول فيها تعد عدول مفاجئ وذلك لان المحكمة الاتحادية العليا حديثة النشأة ، ومنها عدولها عن عدم اعطاء صلاحية مجلس المحافظة بسن التشريعات المحلية لتنظيم الشؤون الادارية والمالية السابق الذكر اذ ان القرار الاول كان بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ وتم العدول عنه بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٣١ .

٢. العدول التدريجي:-

ويمكن ان نستخلص هذا النوع من العدول من خلال تتبع قرارات المحكمة لأنه يتم بصورة تدريجية وليس مفاجئة، فأما أن يكون العدول عن المبدأ السابق على مراحل

(١) francis delperee , op.cit ,p. 7 .

(2) Cf,cons.const،n82-155 DC,30dec, 1982 loi de finances rectifi cative pour 1982،REC.88 RJC 11-149 et surtout.

(3) Estelle v. mcQuire 502 us 62 (1991)

(4) Yates v. evatt 500 us 391 (1991)

أي في البدء يكون هناك استثناءات على المبدأ السابق الى أن يصل الى مرحلة العدول أي يبدأ بأضعاف المبدأ السابق الى أن يصل الى ترك او هجر هذا المبدأ[1].

فالمجلس الدستوري الفرنسي كان يتطلب وحدة المؤسسات في اقليم ما وراء البحار وذلك في قرارة الصادر في ٢٥ كانون الاول ١٩٨٥ والخاص باقليم (statut de la corse) وفي هذا القرار ذهب المجلس الى ان المشرع يمكنه ان ينشيء نظاماً موحداً أو نموذجاً واحداً للمؤسسات القائمة داخل اقليم ما وراء البحار، ومن ثم لوحظ بداية وجود تنوع في قضاء المجلس اذ انه قبل التنوع في المؤسسات الادارية والتنظيمية للمدن (paris lyon– Marseille)، في قراره في ٢٨ كانون الاول ١٩٨٥ ومن ثم عدل عن قراره الخاص بتماثل المؤسسات داخل الاقليم وذلك في قراره في ٩ ايار ١٩٩١ الخاص باقليم (statut de la corse)[2].

والعدول التدريجي لا يحدث بسبب المراحل التي يمر بها العدول لترك مبدأ معين فقط وانما يمكن ان يحدث ايضاً بسبب تطور القضاء وهذا التطور يحدث بسبب تطور رؤية القضاء لموضوع معين و بالتالي عدوله عن المبدأ القضائي السابق لا يكون مباغتاً و انما العدول سيتوقع حدوثه، اي ان عنصر المباغتة هنا سينتفي.

ومن احكام المجلس الدستوري التي بدأت تتحول نحو حماية الحقوق والحريات القرار الصادر عام ١٩٧١ وفيه أن المجلس الدستوري عدل قضاءه فيما يخص تحديد المخالفات والعقوبات المقررة لها، اذ أنه في البداية كان يعطي السلطة اللائحية السلطة التقديرية في تحديد العقوبة لكنه بعد ذلك عدل عن هذا الاتجاه وانتهى الى ان المخالفات التي تكون عقوبتها المساس بالحرية انما تدخل في اختصاص القانون

(1)francis delperee , op.cit ,p. 7

(2) Cons.const ;n91-290 DC 9mai 1991 statute de la corse REC.50; REJ1-438 GDCC،N 41.

وبالتالي الرجوع الى القاعدة العامة بأن القانون هو التعبير عن الارادة العامة وان العقوبة التي تصل الى الحرمان من الحرية لا تقرر من قبل السلطة اللائحية[١].

الفرع الثاني
انواع العدول من حيث اعلان ارادة القاضي الدستوري

فقد يعمد القاضي الدستوري الى اعلان ارادته في العدول او ان يكتفي بالعدول دون الاشارة الى الحكم السابق ، لذلك يقسم العدول بحسب هذا المعيار على عدول صريح وضمني:

١. العدول الصريح:

العدول الصريح يكون عندما يعلن القاضي الدستوري ارادته في العدول بصورة صريحة، فالعدول الصريح يكون خالي من اي غموض او لبس اي تكون ارادة القاضي واضحة في تبني حل قضائي جديد وترك الحل او الحكم السابق، فالعدول الصريح من الممكن قراءته واستخلاصه من قرار القاضي بسهولة عندما يذكر القاضي الدستوري المبدأ الجديد ويعلن عن تركه للمبدأ السابق[٢].

وفي الولايات المتحدة الامريكية نجد ان المحكمة العليا الغت سابقتها التي اقرتها في قضية (hoyt v. florida)[٣] بشأن عدم السماح للنساء بالانضمام الى هيئة المحلفين والتي الغت في قضية (taylor v. Louisiana)[٤] اذ نصت في حكمها الجديد على عدم صحة السابقة التي كانت تتبعها، وقضت بانه لا يمكن استبعاد النساء من هيئة المحلفين .

او ان تنص على تغير الظروف التي وضعت المحكمة السابقة على اساسها حكمها القديم، فمن الواجب على المحكمة ان تنتهج طريقا يتوافق والظرف الجديد فتلغي تلك السابقة،

(1) Cons. Const ;n73-80 L 28nov،1973,mesurse privatives de liberte،REC 45 REJ 11-57 (cette decision renverse la jurisprudence،issue de la decisions n 63-22Ldu 19 fevr.1963.

(٢) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

(3) Hoyt v. florida 368،us57 (1961)

(4) (taylor v. Louisiana 419،us،522(1975).

وهذا ما حدث في حكم المحكمة العليا في قضية (brown v. board of education)[١] التي الغت حكم السابقة (plessy v. feruson)[٢] السابقة الذكر.

ونذكر في ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي الصادر في عام ١٩٨٢ الى ان نصوص اللوائح البرلمانية لا تتضمن اي قيد فيما يتعلق بحق تعديل النص التشريعي سواء اكان من جانب الحكومة ام اعضاء البرلمان على الرغم من وجود نص م/٤٥ من الدستور الامر الذي يعني انه وافق ضمنياً على مخالفة نص م/٤٥ من الدستور من خلال نصوص اللوائح الداخلية للبرلمان على الرغم من انها تخلو من اي قيمة دستورية، ولكنه في قراره الصادر بتاريخ ١٩ كانون الاول ٢٠٠٦ في الحيثيات ذهب الى القول بأن حق التعديل التالي للقراءة الاولى لمشروع النص التشريعي سواء اكان من البرلمان ام من الحكومة يجب ان يكون له علاقة مباشرة مع النص الخاضع للمناقشة اي انه لا يجوز ان يتضمن التعديل نصاً قانونياً مغايراً للنص الاصلي الا اذا كان يهدف الى احترام الدستور او لتصحيح خطأ مادي[٣]. ويوصف العدول الصريح بأنه عدول مقنع ولا يدع مجال للشك وله سمات المبادئ العامة [٤].

٢. العدول الضمني:

العدول الضمني فهو العدول الذي يتم عن طريق السكوت عن ذكر المبدأ السابق أو القديم وذكر المبدأ الجديد فقط دون الاشارة الى الاول ويقوم القاضي بتعديل الحيثيات او الاسباب التي كان يسير عليها في قراراته واحكامه السابقة او يسقط بعضها [٥].

---

(1) brown v. board of education347 us 483 (1954)

(2) plessy v. feruson163 us 537 (1896)

(3) Cons. const,n 2005-532 DC19 janv، 2006 rec. p. 31.

(4) L. Favoreu, La jurisprudence relative au domaine de la loi et du reglement article cite.p. 1676 نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق ، ١٧١

(٥) د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٣. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٧١ .

ومن امثلتها الولايات المتحدة الامريكية اذ الغت محكمتها العليا الغاءً ضمنيا السابقة المقررة في القضية (united states v. butler)[1] اذ تم الغاء هذه السابقة دون الاشارة اليها في حكمها الجديد في قضية (mulford v. smith)[2] اذ ان المحكمة في حكمها الاول حكمت بعدم دستورية نصوص في القانون لأنها تمثل تجاوزا لاختصاصات الكونغرس وتدخلا في مسائل تعد من اختصاص الولاية وفق التعديل العاشر كما انها تعد انتهاكا لحرية التعاقد، اما في الحكم الثاني فقد قضت المحكمة بدستورية قانون يتعلق بالزراعة وضعه الكونغرس عام ١٩٣٨ ينظم اسواق محاصيل متعددة تاركا لوزارة الزراعة الفدرالية اصدار تعليماتها لتطبيق ذلك القانون واستندت المحكمة في قضائها الى اختصاص الكونغرس بتنظيم التجارة الخارجية.

اما في فرنسا فنذكر في قرار المجلس الدستوري رقم ٢٢٥ لسنة ١٩٨٦ الصادر في ٢٣ كانون الاول ١٩٨٧ الذي وضح صراحة القيود او الضوابط المرتبطة بالحق في التعديل ولعل اهمها عدم مخالفة احكام الدستور[3] ولكن هذا لا يعني اجازة المجلس الدستوري تجاوز الحدود الدستورية من جانب السلطة التنفيذية وإنما كل ما هناك ان المجلس الدستوري فطن الى ان احترام هذه الضوابط والتقيد بها ليس محل شك، ثم جاء القرار رقم ٤٥٥ لسنة ٢٠٠١ ليزيل اي شك حول تخليه عن فكرة القيود او الضوابط المرتبطة بالحق في التعديل مكتفياً فقط بالتأكيد على ان هذه التعديلات او الإضافات بغض النظر عن مضمونها او موضوعها يجب ان تكون ذات علاقة بالنص الخاضع للمناقشة البرلمانية[4].

ومن ثم فأن المجلس الدستوري في قرار ١٢ كانون الاول ٢٠٠٢ تخلى صراحة وبصورة غير مستترة عن تمسكه بفكرة تحديد القيود المرتبطة بالحق في التعديل والتي اوردها في قراره الصادر في ١٩٨٦[5].

---

(1) united states v. butler297،us1 (1936) .

(2) Mulford v. smith، 307،us.38(1939).

(3) Cons.const.86-225 DC،23 janv,1987 amendement seguin rec. 13. rjc1-305.

(4) C.C.n 2001-455 DC du 12 Janvier 2002, Rec.p.49

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٢١٧.

(5) Cons.const.n 2001-445 DC, 19 juin 2001،statute des magistrats، Rec. 63.

ومثال العدول الضمني الذي قررته المحكمة الدستورية العليا في مصر التي رفضت بحكم لها صادر في القضية رقم ٢٠ للسنة الاولى القضائية "دستورية" الطعن بعدم دستورية ما تقرره المادة ٢٢٦ من القانون المدني من فوائد يدفعها المدين بمبلغ من النقود معلوم نظير تأخره عن السداد وهي فوائد مقدارها ٤% من المسائل المدينة و٥% من المسائل التجارية وكان من اسباب الطعن مخالفة هذا الحكم لأحكام الشريعة الاسلامية التي اصبحت منذ عام ١٩٨٠ المصدر الرئيسي للتشريع يقتضى التعديل الذي تقرر في تلك السنة للمادة الثانية من الدستور واستندت المحكمة في رفض هذا الطعن الى ان م/٢٢٦ المطعون بعدم دستوريتها قد صدرت عام ١٩٤٨ اي قبل نفاذ م/٢ من الدستور حتى قبل تعديل نصها الاصلي الذي تضمنه دستور عام ١٩٧١ وان القيد الذي فرضه المشرع الدستوري على المشرع العادي بمقتضى م/٢ من الدستور لا ينصرف الى التشريعات التي تصدر بعد نفاذ م/٢ من الدستور وهذا القرار مخالف تماماً لما سبق اي قضت به المحكمة في احكام متعددة لها بعدم دستورية عدد من النصوص التشريعية الصادرة قبل تاريخ العمل بدستور ١٩٧١ لمخالفتها لنص م/٣٤ من الدستور المصري[١].

اما في العراق فاننا نعتقد ان المحكمة الاتحادية العليا وفي العديد من احكامها التي عدلت فيها عن حكم سابق كان بصورة عدول ضمني .

الفرع الثالث
انواع العدول بحسب منهج القاضي الدستوري

يقسم العدول بحسب منهج القاضي الدستوري على عدول محدد وعدول غير محدد.

١. العدول المحدد:

العدول القضائي المحدد هو العدول الذي لا يتضمن عبارات عامة ولا يثير خلافاً بين السلطات العامة والقضاء كما أنه لا يثير اي تردد او ارباك نحو تبني مبدأ

(١) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، رسالة تقدمت بها الى كلية القانون جامعة بغداد عام ٢٠٠٦، ص ٧٢.

قانوني جديد يخالف المبادئ القضائية السابقة، ويساهم التطبيق والتأكيد القضائي لقرارات العدول بصورة كبيرة في تحديده.

من أهم تطبيقات المجلس الدستوري الفرنسي المؤكدة لذلك قرارات المجلس الدستوري المتتالية فيما يخص موضوع حق التعديل لمشروع القانون بعدد اجتماع لجنة متساوية الاعضاء من الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ وقرارات المجلس الدستوري المتعلقة بمقدمة دستور ١٩٥٨[١].

٢. العدول غير المحدد:

العدول القضائي الدستوري غير المحدد ، فالقاضي الدستوري يعدل عن مبدأ قضائي قديم الى مبدأ قضائي جديد وغير محدد يشير اليه بصورة عامة وغير محددة ، فمثلاً يشير الى أن النص غير دستوري لأنه يتعارض مع الدستور لخلوه من مبادئ او ضوابط وردت في الدستور وان عدم تحديد المبدأ القضائي الجديد المعتمد سيثير صعوبات حول تطبيقه من جانب القضاء او تطبيقه من جانب السلطات العامة وكذلك وجوده وقبوله سيرتهن بتوضيحه من خلال التطبيقات القضائية اللاحقة لهذا المبدأ من جانب القضاء الدستوري، ومثال ذلك قرار المجلس الدستوري الفرنسي الذي تصدى فيه لفحص دستورية السلطات الادارية والجزائية الممنوحة للأجهزة الادارية المستقلة مثل السلطة الادارية المنوطة بها تأمين وضمان ممارسة حرية التعبير بوساطة الاذاعة والتلفزيون في هذا القرار انتهى المجلس الدستوري الى ان هذه السلطة لها الحق في توقيع الجزاءات وذلك في الحدود الضرورية التي تكفل بها اداء وظيفتها في حين ان المجلس الدستوري لم يحدد ما هي تلك الحدود او القيود التي ستفرض على هذه السلطة المستقلة[٢].

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، المصدر السابق، ص ١٧٥.

(2) Cons.const n 89- 248 DC 17 janv 1989 CSA rec.18; rjc،1-339 ;GDCC، N 39.

المطلب الثالث
انواع العدول من حيث اثاره

فالعدول قد يؤثر في المجتمع بصورة ايجابية او سلبية، فقد يؤدي الى دعم الحقوق والحريات الاساسية او يؤدي الى سلبها او انقاصها ، لذلك يقسم العدول القضائي الدستوري من حيث اثاره على عدول ايجابي وعدول سلبي بحسب تأثيره في الحقوق والحريات .

١. العدول الايجابي:

العدول الايجابي فهو العدول الذي يدعم الحريات الاساسية والحقوق مثاله عدول المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عن الحكم الذي اصدرته في قضية (plessy v. ferguson)[١] اذ زادت او فرضت المساواة الحقيقية بين السود والبيض في قضية (brown v. board of education)[٢] السابق الذكر.

ومنها قرارات المجلس الدستوري الفرنسي الصادرة في ١٩٧١ فيما يخص اضفاء القيمة الدستورية على مقدمة دستور ١٩٥٨ وما ترتب على ذلك من دسترة جميع الحقوق والحريات الثابتة في اعلان ١٧٨٩ والواردة في مقدمة دستور ١٩٤٦ وهذا بعكس قراراته السابقة التي كانت ترفض الرجوع الى مقدمة دستور ١٩٥٨[٣].

وكذلك قرارات المجلس الدستوري فيما يخص نظرية الحريات الاساسية والتي بموجبها لا يجوز اخضاع الحريات الاساسية لنظام الترخيص السابق، ويجب أن يكون تعديل القوانين الخاصة بهذه الحريات بقصد تفعيلها وليس بقصد الانتقاص من ضماناتها، وذلك عكس قضائه السابق الذي كان يجيز للمشرع السلطة التقديرية الكاملة في تعديل القوانين السارية دون قيد او شرط[٤].

---

(1) plessy v. ferguson 163 us 537 (1896).

(2) brown v. board of education 347 us 483 (1954)

(3) CONS. CONST. N 71-44 DC، 16 juill، 1971 liberte d association rec.29 rjc 1-24 GDCC n 18.

(4) Cons،const،n 84-181 DC 10-11 OCT 1984 entreprises de presse،rec 73 rjc 1-199.

٢. العدول السلبي:

فهو ذلك العدول الذي يكون اثاره سلبية على حقوق الافراد وحرياتهم، بان ينتقص من حقوق الافراد وحرياتهم. ويذهب رأي فقهي الى القول[١] بأن كل تحول قضائي ارادي سيكون اكثر حماية للحقوق والحريات الاساسية والتحول السلبي لا يمكن تصوره الا بسبب تدخل المشرع بتعديل النص الدستوري.

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ١٧٩.

الفصل الثاني
شروط العدول في احكام القضاء الدستوري ونطاقه

العدول في احكام القضاء الدستوري هو احلال حكم جديد محل حكم سابق بسبب تغير الظروف او كون الحكم السابق مجافي للعدالة، وللوصول الى النتيجة المرجوة من العدول ينبغي ان يكون لأسباب معينة كأن تكون بسبب ما طرأ على المجتمع من تغيرات سياسية او اقتصادية او اجتماعية، ويشترط ايضا ان يصدر العدول وفق طرق معينة بحسب وجهة نظر القاضي الذي عدل عن الحكم السابق.

والعدول يرد على الحكم القضائي الدستوري سواء أكان هذا الحكم يعد من السوابق القضائية وذلك بالنسبة للدول التي تنتهج النظام الانكلوسكسوني، اذ تعد الاحكام السابقة سوابق قضائية ملزمة ومصدر رسمي للقانون، ام ان الحكم القضائي الدستوري ما هو الا حكم قضائي دستوري في الدول التي تنتهج النظام اللاتيني التي تعد القضاء مصدر غير رسمي للقانون.

واما مشروعية العدول فهو ممكن في الدول التي تنتهج النظام اللاتيني او الانكلوسكسوني على السواء، لذلك سنتناول هذا الفصل في مبحثين وكالاتي:

المبحث الاول: شروط العدول في احكام القضاء الدستوري

المبحث الثاني: نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري ومشروعيته

المبحث الاول

شروط العدول في احكام القضاء الدستوري

ليتمكن العدول في احكام القضاء الدستوري من تحقيق اهدافه، وهي الوصول الى حكم يحقق الفائدة المرجوة منه وهي اعلاء كلمة الحق والعدل في ظل مجتمع تطرأ عليه التغييرات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فما حكم به بالأمس قد لا يحقق العدل اليوم.

وبسبب ارتباط القضاء الدستوري بالدستور وما يتصل به من الحقوق والحريات الاساسية وموضوع الحكم في الدولة ودستورية القوانين وغيرها وضعت شروطا من خلالها يمكن ان يعدل فيها القضاء الدستوري عن احكامها السابقة، منها شروط تتعلق بالوسائل التي يتم من خلالها العدول او الاسباب المؤدية الى العدول.

ولا بد من التنويه الى اننا اعتمدنا على الولايات المتحدة الامريكية في الكشف عن هذه الشروط وذلك لكثرة التطبيقات فيها، وعلى ذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على:-

المطلب الاول: ان يعبر العدول عن التغيرات المجتمعية

المطلب الثاني: شروط تتعلق بالجهة القضائية

المطلب الاول
ان يعبر العدول عن التغيرات المجتمعية

اي ان يكون العدول في احكام القضاء الدستوري تعبيراً صادقاً في ان تعبر احكام القضاء الدستوري عما يطرأ على المجتمع من تغييرات على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي وعما يطرأ على المجتمع من تطور على جميع الاصعدة، وان تظل المحكمة وهي – تستجيب بقضائها لهذه التغيرات – على وعي كامل بأهمية تحقيق الاستقرار الاجتماعي والقانوني عن طريق متابعة الاحكام القديمة ما لم تنطوي هذه المتابعة على اخلال واضح بالمصالح الاجتماعية الكبرى، او كانت التجربة

العملية قد كشفت عما ادى اليه تطبيق الحكم السابق من اضرار سواء اكان على صعيد الجماعة ام الفرد [١]، لذلك سنقوم بتقسيم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

الفرع الاول: اثر التغيرات المجتمعية على العدول

الفرع الثاني: مرونة المعايير المعتمدة من قبل المحكمة

الفرع الاول
اثر التغيرات المجتمعية على العدول

يرى احد الفقهاء[٢] ان "... خير مثال على التطور و التغير في احكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في الفترة من نهاية القرن التاسع عشر وحتى منتصف ثلاثينيات القرن العشرين، و لعل السبب في ذلك التطور والتغير يعود لأسباب اقتصادية ودستورية و فلسفية ".

ويرى اخر[٣] ان " العدول والتطور في احكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية يرجع الى التطور الذي حصل على الصعيد الاقتصادي اذ تحول المجتمع من مجتمع زراعي الى مجتمع اقتصادي جسد قيم الرأسمالية".

وبالرجوع الى احكام المحكمة العليا الامريكية يمكن تلمس تلك التغيرات المجتمعية وهي تتمثل في:

اولا: التغيرات الاقتصادية:

لا يخفى على احد السرعة النسبية الكبيرة التي تتم بها التطورات الاقتصادية والاجتماعية في الولايات المتحدة الامريكية وضرورة تطور القانون ليلائم هذه

---

(١) Francis delperee. op. cit . p. 1 . محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٦٣٧. عبد اللطيف القرني، المبادئ القضائية بين التغيير والتعديل منشور على الموقع.
http://www.sleat.Com/

(2) John v.orth ,judicial power of the united states –the eleventh amendment in American history ,oxford university press ,new York ,u.s.a ,1987 ,p .10-11 .

(3) Earl e. Pollock , the supreme court and American democracy case studies on judicial review and public policy , green wood press ,Connecticut .u.s.a ,2009 ,p.359 .

التطورات، ولعل ذلك ادى الى ان تغير المحكمة العليا موقفها وتعدل عن سوابقها القضائية، اذ ان التغيرات الاجتماعية والاقتصادية جاءت بفلسفة جديدة غير الفلسفة التي تنتهجها المحكمة مما ادى الى حدوث ازمة بالغة الخطورة لم تجد المحكمة فيها مخرج الا بالعدول عن سوابقها القضائية(١)

فان ما طرأ على الحياة الاقتصادية الامريكية في اعقاب الحرب الاهلية وتحول الولايات المتحدة من دولة زراعية قليلة السكان الى دولة عظمى تحتشد فيها اكبر القوى الصناعية في العالم ادى الى ضرورة قيام ثورة دستورية تواكب التغير (الثورة الصناعية) لتكون النصوص الدستورية مواكبة للتغيير الحاصل، فضلا عن ظهور طبقة الرأسماليين وتحول القوة الاقتصادية الى قوة سياسية تسعى الى حماية مصالحها وكان نتيجة ذلك ان انفراد الحزب الجمهوري بمنصب الرئاسة وهو يمثل طبقة الرأسماليين وكان الرئيس هو من يختار رجال لشغل مناصب القضاء لذلك تحولت المحكمة عن اتجاهها وعملت على اعطاء الحماية الدستورية للرأسماليين ورأس المال هذا ما فعلته عن طريق تفسيرها الجديد لشرط الوسائل القانونية السليمة وعن طريق التوسع في تفسير هذا الشرط عملت على حماية مصالح الطبقة الرأسمالية وهذا لم يكن الا انعكاساً طبيعياً للاتجاه الاقتصادي(٢).

ومن امثلتها قيام الرئيس الامريكي روزفلت تقديم مجموعة قوانين تعرف بقوانين (new Deal) (في مجال تنظيم المنافسة والاسعار والاجور، وذلك لمواجهة اثار الازمة الاقتصادية والاجتماعية عام ١٩٣٠، واقرها مجلس الشيوخ الامريكي، وعندما عرضها على المحكمة العليا قضت بعدم دستوريتها على اساس انها تخالف الحرية الاقتصادية والاجتماعية، وبعد فوز الرئيس روزفلت في الانتخابات الرئاسية اتضح للمحكمة ان الرأي العام يؤيد السياسة التي يسعى اليها روزفلت وفي ظل هذا المناخ السياسي عدلت المحكمة عن موقفها المعارض للقوانين الاصلاحية التي تقدم بها

---

(١) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٨ .

(٢) د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٣١٧ .د.حسن زكريا، المحكمة العليا الامريكية ، مصدر سابق ، ص ٤ .

الرئيس روزفلت وبدأت تتبنى سياسة قضائية جديدة لا تقوم على اساس فرض اتجاهاتها السياسية والاقتصادية على المجتمع(١).

ثانيا: التغيرات الدستورية:

اما الاسباب الدستورية التي ادت الى عدول المحكمة وتطور احكامها فهو يتمثل في التعديل الرابع عشر للدستور الامريكي عام ١٨٦٨ وتوسيعه لشرط الوسائل القانونية السليمة ليشمل تقييد سلطات الولايات تجاه الحريات الفردية ومن ثم توسع المحكمة العليا في تفسير هذا الشرط ليشمل الحريات الاقتصادية دفاعا عن الطبقة الرأسمالية(٢).

وكذلك الحال في فرنسا اذ ان تعديل الدستور الفرنسي ادى الى تطور قرارات المجلس الدستوري الفرنسي فتعديل ٢٣ تموز٢٠٠٨ ادى الى عدول المجلس عن احكامه السابقة بعدم اختصاصه بالرقابة اللاحقة على دستورية القوانين المتعلقة بالنصوص القانونية التي تتعدى على الحقوق والحريات .

ثالثا: التغيرات الفلسفية والفكرية:

وتتمثل هذه التغييرات في تأثير المدارس الفلسفية على تطور احكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية بدءا بالمدرسة الشكلية التي سيطرت على نهج المحكمة العليا في تفسير نصوص الدستور والتي كانت تتجه نحو التجريد والتعميم في نطاق القانون، فتتمسك بمبادئ واسس ثابتة لا تتغير بتغير الزمان فهي تستوعب كل الاوضاع المستجدة فالمبادئ لدى هذه المدرسة ثابتة فهي غير قابلة للخلق والتطور

(١) ينظر في ذلك: د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق، ص ٥٢١. حسن زكريا ، مصدر سابق ، ص ٤ .

(٢) د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٣١٦ .

انما موجودة وبانتظار اكتشافها عن طريق عملية التفسير التي تكون منفصلة عن الواقع الذي تطبق عليه[١].

ومن قرارات المحكمة العليا التي تأثر نهجها بالمدرسة الشكلية القرار الصادر بعدم دستورية قانون صدر في ولاية فلوريدا يقضي بإنشاء لجنة ادارية تشرف على تحديد اجور النقل في السكك الحديد[٢].

وكذلك قرارها الصادر في قضية (lochner v. new York)[٣]، اذ ان ولاية نيويورك اصدرت قانونا يمنع تشغيل العمال في المخابز لمدة تتجاوز الستين ساعة في الاسبوع او تجاوز العشر ساعات في اليوم الا اذا كانت الساعات الاضافية تحسم من ساعات العمل في اليوم الاخير من الاسبوع، وكان الهدف من هذا القانون الحفاظ على صحة العاملين في مهنة المخابز، وذلك جزء من مهمة الحفاظ على الصحة العامة الموكولة الى سلطة الولايات، الا ان المحكمة العليا في هذه القضية حكمت بعدم دستورية القانون الذي اصدرته ولاية نيويورك على الرغم من انها اعترفت باختصاص الولاية بالحفاظ على الصحة العامة غير انها ذهبت الى عدم دستورية الوسيلة التي اتخذتها الولاية في تحقيق هذا الهدف والمتمثل بتقييد حرية التعاقد وحق الملكية[٤].

ومن ثم تطور حكم المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية تبعا للتطور الكبير الذي احدثته المدرسة البراغماتية في الافكار القانونية[٥]، اذ قامت الاخيرة

(1) Daniel j. solove – the darkest domain : deference judicial review and the bill of rights -48 lowa law review 941 ,1999 ,p 31 .

(2) Santa clara county v. southern pacific railroad company ,118 ,us 394 (1886) .

(3) lochner v. new York 198 us 45 (1905)

(٤) د. حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٥ وما بعدها.

(٥) ذهب بعض الفقه الى القول بان نتائج تطبيق الفلسفة البراجماتية على الظواهر القانونية ستكون مذهلة لان العدالة سوف لا تعد امرا متأصلا في طبيعة القاعدة القانونية، ان القاعدة ستكون عادلة او غير عادلة من خلال تجربتها اللاحقة وما سوف تعكسه من نتائج على النظام الاجتماعي، فالعدالة ستكمن في الملائمة بين النظام القانوني والبناء الاجتماعي= =والاقتصادي، كما انها تؤكد على ان تطبيق القاعدة القانونية يجب ان يكون متغيرا بالنسبة للحالات المختلفة وخاضعا للتأويل والتعديل .

بـدحض افكـار المدرسـة الشـكلية، فالبراغماتيـة فلسـفة تعتمـد علـى التجـارب الواقعيـة للحيـاة اليوميـة، فتحـدد المشـكلة وتضـع افتراضـات للحلـول وتقـيم نتـائج الحلـول عبـر تتبعهـا فـي التجارب الواقعية اليومية[١].

ومن اهم افكار المدرسة البراغماتية ترك التعامل مع الواقع للسلطة التشريعية وتفسير نصوص الدستور وفق حاجات المجتمع ، ونرى ذلك بوضوح في حكم المحكمة العليا الامريكية في قضية (united states v. carolene product)[٢] اذ ان الكونغرس اصدر عام ١٩٢٣ قانونا يمنع تداول الحليب المعبأ في التجارة بين الولايات، تحت ذريعة انه يهدد الصحة العامة ويشكل تحايل على المستهلك، وقد طعنت الشركة المنتجة لهذا النوع من المنتجات امام المحكمة العليا الا ان المحكمة قضت بدستورية القانون اذ بينت ان دور المحكمة لا يمتد الى مراجعة تقييم المشرع للوقائع فيما يتعلق بالمسائل الاقتصادية[٣].

وكـذلك لا يمكـن تجاهـل الـدور الـذي لعبـه الفقـه فـي تغييـر موقـف المجلـس الدسـتوري مـن بعـض احكامـه اذ قـال العميـد فيـدال عـن تـأثير الفقـه علـى المجلـس: "بانهـا مثمـرة للغايـة ولا يمكـن تجاهلهـا " وكـذلك " اي نقـد صـحيح لعقيـدة يخلـق النقـد الـذاتي للمجلس الدستوري "[٤] .

الفرع الثاني
مرونة المعايير المعتمدة من قبل المحكمة

Patterson " jurisprudence "1953 p.471

نقـلا عـن سـعيد الصـادق، المـنهج القـانوني فـي الولايـات المتحـدة وجمهوريـة مصـر العربيـة، القـاهرة : دار النهضة العربية ، ١٩٧٧ ، ص ٣٢ .

(1) Roderick m. hills jr. ,the pragmatists view of constitutional implementation and constitutional meaning , Harvard law review forum volum 119,2006 ,p.173 .

(2) united states v. carolene product 304 us 144 (1938)

(3) Geoffery miller , the true story of caroline product sup .cit review ,1987 , p. 99 .

(4) Francis delperee , op.cit .p.4 .

يعد من اسباب العدول الاخرى او التطورات الحاصلة في احكام المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية اختلاف المعايير المعتمدة من قبل المحكمة، فالمعايير التي تعتمدها المحكمة معايير غير ثابتة، فمثلا الحقوق الاقتصادية عدت حقوقا اساسية منذ مطلع القرن العشرين لغاية منتصف الثلاثينيات من القرن وسميت هذه الفترة فترة حكم (لوكنر) كما اوضحنا سابقا، اذ لا يمكن تقييد هذه الحقوق بتشريعات صادرة من الولايات ومن ثم عدلت المحكمة عن ذلك وعدت الحقوق الاقتصادية ليست بحقوق اساسية كما في حكمها بقضية (west coast hotel company v. parrish)[1] اذ عدت الحقوق الاقتصادية حقوق مشروطة وليست مطلقة، ومن الممكن ان ينظمها المشرع بقانون لتحقيق المصلحة العامة ولا يعد هذا التنظيم مصادرة لحرية التعاقد.

وتتغير معايير المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في الظروف العادية، كما انها تتغير بسبب التهديد الداخلي او الخارجي الذي يمر بحياة الدولة في فترة من الفترات.

ومن المسائل التي تحظى برقابة دستورية مشددة، حق الانسان في المساواة امام القانون دون تمييز وحرية التعبير وانتقاد الحكومة ، حتى ان قرينة الدستورية يمكن ان تنعدم عندما تنظر المحكمة في تشريع يتضمن مساسا بهذه المسائل بحيث يكون عبء اثبات صحة الوقائع التي تستند اليها التشريعات على عاتق الحكومة وليس على عاتق الطاعن بالتشريع[2]. هذا في الظروف الاعتيادية.

لكن في حالة الحرب او حالة مواجهة الازمات فان مستوى الرقابة التي تمارسها المحكمة يتدنى وتذعن المحكمة لخيارات المشرع وتتغلب قرينة عدم الدستورية التي كانت تطبق في هذه الحالات الى قرينة دستورية لصالح التشريع[3].

---

(1) west coast hotel company v. parrish 300 us 379 (1937)

(٢) د. حسين جبر ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

(3) Christina e wells , questioning deference , missouri law review , volume , 69 , 2004 ,p. 903 .

نقلا عن د. حسين جبر ، مصدر سابق ، ص ١٠١ .

ففي الحرب العالمية الاولى، طبقت المحكمة قرينة دستورية التشريع بمداها الواسع لصالح الحكومة، اذ ذهب القاضي (holmes) في قضية (schenck v. united states)[1] الى ان الامة عندما تكون في حالة حرب فان الكثير من الاشياء التي تطبقها المحكمة في حالة السلم والتي اصبحت عبئا على الامة في الوقت الذي يكون بها رجالها في ساحة الحرب سوف لن تحظى بالرعاية من قبل المحكمة تحت ادعاء انها محمية ببنود الحقوق الدستورية.

اما في الحرب العالمية الثانية، فبعد ان هاجم اليابانيون ميناء بيرل اتخذت الحكومة سلسلة من الاجراءات التي حدت من حرية المواطنين الامريكيين من اصول يابانية، كوضع اكثر من مئة الف مواطن امريكي من اصل ياباني في مخيمات تحت حراسة عسكرية وعدت هذه الاجراءات دستورية للمصلحة العامة وللضرورة القصوى على الرغم من ان هذا التقييد كان ذا طابع عنصري[2].

اما في الحرب الباردة، فقد قيدت الحريات الاساسية ايضا للتخلص من نشر الافكار الماركسية – اللينينية التي تشكل (خطرا محدقا وواضحا يقود الى اسقاط حكومة الولايات المتحدة الامريكية)، فقضت تبعا لذلك دستورية الاتهام الموجه الى عدد من قادة الحزب الشيوعي على الرغم من كونهم مواطنين امريكيين ولديهم حرية في التعبير، وعلى الرغم من عدم وجود دليل كاف للاتهام الا ان المحكمة قضت بدستورية الاتهام، اخذة بنظر الاعتبار حالة الضرورة التي تلجئ الحكومة الى ممارسة هذا النهج في حربها ضد الشيوعية[3].

المطلب الثاني
شروط تتعلق بالجهة القضائية

فضلا عن الشروط التي تتعلق بالحكم القضائي الدستوري، فاننا نعتقد ان هنالك جملة من الشروط الاخرى التي تتعلق بالجهة القضائية نفسها، ولعل من اهم هذه الشروط:

(1) Schenk v. united states ,249 us 47,(1919) .

(2) Korematsu v. united states ,323 ,us. 214 ,(1944) .

(3) Dennis v. united states ,341 ,us. 494 .(1951) .

١. وجود قضاء مستقل كشرط مهم واساسي من شروط العدول، اي ان تتحرر السلطة القضائية من تأثير السلطتين التشريعية والتنفيذية اذ تقف على قدم المساواة معهما فلا تتدخل اي من السلطتين في عملها او تخصصها، ومبدأ استقلال القضاء مأخوذ من مبدأ الفصل بين السلطات الذي هو اعم واشمل وندرك اهمية استقرار احكام الدستور وعدم تعدي احدى السلطات عليه لان في ذلك المساس بالحقوق والحريات العامة ، فالقضاء هو قلعة الشرعية الدستورية الذي يحتمي بها كل انسان لارساء حكم القانون بصورة سليمة. فلا يخضع القاضي الدستوري لغير القانون، ومن ثم وجب عليه ان يعرف ارادة المشرع على الوجه الصحيح ولا يتأتى هذا الا اذا كان كامل الحرية في استخلاص هذه الارادة غير متأثر بفكرة معينة وغير خاضع لتدخل من السلطات الاخرى. كما ان هذا الاستقلال لا يعني التحكم والاستبداد في الرأي او الحكم ولكن يعني عدم الخضوع في استخلاص كلمة القانون وتطبيقها لغير ضميره واقتناعه الحر السليم(١).

٢. ان يظل عدول المحكمة في الحالات التي يتم فيها محافظاً على الخط الاساسي الذي تبنته المحكمة منذ نشأتها والذي ينبغي ان لا تعدل عنه وهو اعلاء كلمة القانون عن طريق حماية الشرعية الدستورية، وان تضع المحكمة نصب عينيها الصالح العام. فقد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية بأن حرق العلم الامريكي لا يشكل جريمة جنائية واطلقت هذا المبدأ حتى ان العلم الامريكي اهين في مرات كثيرة جداً، الا أنها عدلت عن هذا المبدأ مقررة ان حرق العلم الامريكي ليس جريمة لحامل الجنسية الامريكية اذ ان في اهانته للعلم الامريكي اهانة له هو نفسه فتشفع له من الجزاء الجنائي، اما غير الامريكي فالأمر مختلف فحرقه للعلم الامريكي جريمة يعاقب عليها القانون الجنائي الامريكي، اذ ان المناط

(١) د. حميد ابراهيم الحمادي، مصدر سابق، ص ٨١ وما بعدها. د. محمد عبد الحميد ابو زيد، القضاء الدستوري شرعاً ووضعاً، مصدر سابق، ص ٣١٥. احمد فتحي سرور، القانون= =الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق، ط ٤، ٢٠٠٦ ، ص٣٦١، احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٦٠٣ .

في توقيع العقاب الجنائي من عدمه هو الاهانة التي تلحق بالشعور القومي، اذ لا يعقل ان يفلت فعل كهذا (حرق العلم الامريكي) من العقاب وخصوصاً اذا حدث من اجانب على ارض امريكية، والمحكمة العليا سارت على منهج معتدل في الفترة الاخيرة مركزه على حماية الصالح العام الامريكي[١].

٣. توصل القضاء الانكليزي الى أن يحدد نطاق الالتزام بالسوابق القضائية التي يصدرها اذ قرر في عدة احكام مشهورة استثناءات عن سوابق قضائية يمكن للقاضي ان يحلل نفسه من الالتزام في حال توافر شروطها واهمها[٢]:

أ. حالة صدور الحكم بدون تروٍ كافٍ:-

في هذه الحالة تجد المحكمة نفسها قد اصدرت حكماً مكونا لسابقة قضائية ملزمة، وتعتقد أن هذا الحكم صدر مخالف للقانون في هذه الحالة تستطيع المحكمة أن تحلل نفسها من اتباعه وتطبق حكم القانون، وذلك لان من شروط الحكم المكون للسابقة القضائية أن يصدر موافقاً للقانون وبعد تروٍ وتمعن.

ب. حالة التعارض بين السوابق القضائية:-

ومقتضى هذه الحالة ان كانت القضية المعروضة امام القاضي تتشابه في وقائعها مع وقائع قضيتين سابقتين صدرت فيهما احكام اسست على مبادئ تتعارض فيما بينها فأن المحكمة المعروضة امامها النزاع لها الحق في أن تختار من بين هذه المبادئ المبدأ الذي تراه مناسباً لحل القضية.

ج. حالة تعدد الاسباب التي اقيم عليها الحكم:-

اذا قام حكم السابقة القضائية على مبادئ قانونية متعددة فأن للقضاة اللاحقين الحق في أن لا يتقيدوا بكل هذه المبادئ جميعاً وأن يختاروا من بينها المبدأ القانوني الذي يتلائم تطبيقه مع القضية المعروضة امامهم.

د. حالة العدول الضمني من محكمة أعلى عن مضمون السابقة:-

---

(١) محمود احمد زكي ، مصدر سابق ، ص ٦٣٧ .

(٢) د. هشام محمد فوزي، رقابة دستورية القوانين بين امريكا ومصر، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦ / ٢٠٠٧، ص ٥٦٢.

وبمقتضى هذا الاستثناء تتحلل المحكمة من السوابق القضائية التي اصدرتها اذا كان الحل الذي اخذت به في هذه السوابق قد عدلت عنه ضمناً محكمة أعلى منها.

هـ. العدول التشريعي (الاجباري) عن المبدأ الذي طبقته السوابق القضائية:-

وبمقتضى هذه الحالة يتم العدول عن مبدأ سبق تقريره اذا ما صدر تشريع جديد يتعارض مع هذا المبدأ.

و. حالة السوابق التي تقوم على مبادئ غامضة تتعارض مع احد المبادئ العامة او كانت اوسع من اللازم.

وهذه الحالة اذا كان الحكم السابق يقوم على مبدأ قانوني غامض أو يتعارض مع احد المبادئ العامة أو كان أوسع مما تحتمله وقائع القضية فأنه يجوز للقاضي الذي يعرض عليه النزاع الا يتقيد بالسابقة القضائية التي قامت على مثل هذا المبدأ، أو أن المحكمة تقرر بأن ما ورد في السابقة من اسباب لم يكن جوهرياً للحكم لا يحوز الحجية وليس له اي قيمة كسابقة.

٤. خصوصية الوسائل التي تتبعها أو ينبغي أن تتبعها المحكمة عند العدول عن حكم سابق[١]هي تشمل حصرا:-

أ. وسيلة التفريد أو التمييز أو المقارنة:-

وهي وسيلة ابتدعها القضاة الانكليز للإفلات من مبدأ الزامية السوابق القضائية، ان الحاجة الملحة للتجديد والتطور في القواعد القانونية في النظام الانكليزي قد حملت الفقه والقضاء في انكلترا الى اللجوء الى تفريقات متعددة وغير مقبولة في كثير من الصور ليتوسلوا بها الى التحرر من سابقة قضائية فاسدة[٢]، عندما يجد القاضي أنه من غير المقبول تطبيق مبدأ معين في سابقة قضائية على قضية معروضة عليه، وطريقة المقارنة هذه لا تثبت اهميتها الا في حالة عدم اقتناع القاضي

(١) محمود احمد زكي، مصدر سابق، ص ٦٣٠. عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٤٥.

(٢) ينظر: د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، هامش (٢)، ص ٢٣٥ .

بعدالة حكم السابقة القضائية فاذا ما كان مقتنع بعدالة الحكم فلن تثور هناك أي مشكلة، لكن المشكلة تثور في حالة عدم اقتناعه بحكم السابقة [١].

ويمكن تلخيص هذه الوسيلة في ان القاضي ينظر في وقائع النزاع المعروض عليه ويقارنها بوقائع السابقة القضائية ليرى ان كان هناك اي واقعة او اي عنصر غير موجود في القضية السابقة، وبعد ذلك يبحث عن الوقائع والعناصر التي لم يهتم بها القاضي السابق، فاذا وجد هناك اختلافاً في الوقائع ففي هذه الحالة يجوز له تمييز القضية وله الخروج على حكم السابقة القضائية ويسمح له بأن يحكم بالقضية المعروضة عليه بما يراه مناسباً، وقيل عن هذه الوسيلة انها تعد وسيلة قضائية للتحايل على الصفة الالزامية لمبدأ السوابق القضائية [٢].

لكن قد يقوم هذا التمييز على تقرير اختلاف الوقائع بين القضيتين او يعتمد على تفسير السابقة تفسيراً يقيد او يحدد نطاق تطبيقها، وهذا الاسلوب تتمثل خطورته في ان السابقة القديمة تظل قائمة ونافذة وتستطيع المحكمة ان تعود اليها في اي وقت بدعوى تماثل الوقائع وهذا ما حدث في حكم المحكمة في قضية Munn V. illionis[٣]، اذ قررت المحكمة فيها جواز تدخل الولاية لتحديد الاجور في المرافق التي تحقق مصلحة عامة ففي مناسبات متعددة اتجهت المحكمة الى تقييد هذا المبدأ والى تضييق نطاق تدخل الدولة في المرافق الخاصة فقررت في مناسبات متعددة ان المرفق موضع البحث لا يعد من المرافق التي تحقق مصلحة عامة [٤]، وكذلك في سجن الجنوبي داكوتا لمدى الحياة وبدون كفالة لارتكابه سابع جناية غير عنيفة يشكل عقوبة قاسية وغير عادلة، مما يتعارض مع التعديل الثامن للدستور، في حين ان المحكمة قبل

---

(١) دينيس لويد، فكرة القانون، تعريب سليم الصويص، الكويت، عالم المعرفة، ١٩٨١، ص ٣٣٠ .

(٢) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٤ .

(3) Munn V. illionis 94 us 113 (1877)

(4) tyson V. Banton 273 us 418 (1927) Ribinick V. Mc Bride 277 us 350 (1928) New state Ice co V. Lieb mann 285 us 262 (1932)

ينظر في ذلك د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٥ .

ذلك الحكم بثلاث سنوات كانت قد وصلت لنتيجة مغايرة ، وقد بررت المحكمة التناقض بحجة انه في الواقعة السابقة كانت هناك كفالة[١].

ب. وسيلة تجاهل الحكم القديم:

وذلك ان تتجاهل المحكمة الحكم القديم الذي تريد العدول عنه ولا تشير اليه مطلقاً في حكمها الجديد مكتفية بتقرير مبدأ قانوني مخالف او تفسير للدستور مغاير للتفسير السابق، اذ اصدرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية حكماً عام ١٩٠٥ (Lochner V. new York)[٢] مقررة عدم دستورية تشريع صادر في نيويورك يضع حداً اقصى لساعات العمل في المخابز ثم جاءت المحكمة عام ١٩١٧ فقررت دستورية تشريع صادر في ولاية اريجون متضمناً تحديد حداً اقصى لساعات العمل في المصانع (Bunting V. Oregon)[٣].

وفي عام ١٩٢٣ في قضية ادكنز ضد مستشفى الاطفال (Adkins V. children's Hospital)[٤] ذهبت فيه الى عدم دستورية تشريع يضع حد ادنى لأجور النساء في العمل كما انها زعمت فيه ان المبدأ الذي تقرر في قضية لوتشز هو السابقة المعتمدة وانه لم ينقض ابداً[٥].

ويمكن ان نتلمس هذه الوسيلة في قضاء المحكمة الدستورية العليا في مصر اذ عدلت عدولا ضمنيا عن مفهوم التصدي الذي تبنته في الدعوى رقم ١٠ لسنة ١ قضائية دستورية ١٩٨٢/٥/١٦ الى المفهوم الذي تبنته في الدعوى رقم ٢ لسنة ١٥ قضائية دستورية جلسة ١٩٩٧/١/٤[٦].

---

(١) ينظر: د. هشام محمد فوزي ، مصدر سابق ، ص ٥٦٢ .

(2) Lochner V. new York 198 us 45 (1905)

(3) (Bunting V. Oregon 243 us 426 (1917)

(4) (Adkins V. children's Hospital 261 525 (1923)

(٥) د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٤ .

(٦) نقلاً عن د. هشام محمد فوزي، مصدر سابق ، ص ٥٦٥ هامش (٢) .

وهذه الوسيلة ستكون ايسر على المحكمة ان كانت السابقة القضائية قديمة وقد مر عليها زمن طويل تغيرت من خلاله الاوضاع والملابسات المحيطة بموضوع الدعوى تغيراً كبيراً يبرر العدول عن المبدأ القديم.

ومزية هذه الوسيلة انها تيسر للمحكمة تصحيح اخطائها في هدوء ومن دون اثارة الراي العام او راي بعض اصحاب المصالح، ويؤخذ عليها انها تفتح الباب امام المحكمة كي تعود الى السابقة القديمة مادامت لم تذكر صراحة العدول وهذا يؤدي الى عدم الاستقرار في المعاملات كما يؤدي الى وجود حكمين او سابقتين متناقضتين.

ويرى احد الفقهاء[١]: "ان المحكمة في مفاضلتها بين حكمين سابقين متناقضين من احكامها ستجد نفسها مضطرة دائماً الى تحييز وقائع الدعوى الماثلة امامها عن واحدة من السوابق التي تريد العدول عنها، وتقريب تلك الوقائع من وقائع الدعوى التي ترى فيها السابقة الملزمة لها... وهو ما يفتح باب الحيرة في معرفة المبادئ الملزمة التي قررتها المحكمة في احكامها المختلفة او في تصور ما سوف تكون عليه الاحكام الجديدة حين يعرض الامر مرة اخرى على المحكمة ".

ونجد ان المحكمة الدستورية العليا في مصر قد قررت[٢] قصر التقاضي بالنسبة لاعضاء هيئة قضايا الدولة على درجة واحدة امام لجنة التأديب والتظلمات لا يناقض الدستور وانما يدخل في اطار السلطة التقديرية التي يمتلكها المشرع في مجال تنظيم الحقوق [٣]، ومن ثم عدلت عن حكمها السابق وذهبت في حكم لها الى "ان القانون وان عهد من قبل بطلبات الالغاء والتعويض سالفة الذكر الى اللجنة المشكلة بالنص الطعين، بحسبانها هيئة ذات اختصاص قضائي الا ان المشرع وقد قدر بنفسه ان المحاكم وحدها هي الاقدر على الفصل في هذا النوع من المنازعات بالنظر الى

(١) د. احمد كمال ابو المجد ، دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج٢، مجلة الدستور العدد ٢، السنة ١، ٢٠٠٣، ص ١٥.

(٢) المحكمة الدستورية العليا، قضائية دستورية جلسة ٧ مارس ١٩٩٨ في الدعوى رقم (٠١٦٢) لسنة ١٩ قضائية دستورية، الجريدة الرسمية، في ١٩ مارس سنة ١٩٩٨، العدد ١٢.

(٣) خالد فتحي ابو زيد، مصدر سابق، ص ٤٣ .

طبيعتها، وعلى ضوء مختلف العناصر التي تلابسها عادة لكي ينال اعضاء هذه الهيئة الترضية القضائية انصافاً، لذلك فان افراده اعضاء هيئة قضايا الدولة وحدهم بالابقاء على اختصاص اللجنة المشار اليها في النص الطعين في هذا الشأن يعد اخلالاً بمبدأ المساواة في مجال حق التقاضي رغم توافر مناط اعماله، مكرساً بذلك تمييزاً غير مبرر بينهم وبين اعضاء الهيئات القضائية الاخرى في هذا المجال، معطلاً مبدأ خضوع الدولة للقانون" [1]. وانتهت المحكمة الى القضاء بعدم دستورية م/٢٥ من قانون هيئة قضايا الدولة رقم ٧٥ لسنة ١٩٦٣ فيما تضمنته من اسناد القضاء في طلبات الغاء القرارات الادارية المتعلقة بشؤون اعضاء هيئة قضايا الدولة وطلبات التصديق المترتبة عليها الى اللجنة التأديبية للتظلمات[2].

ج. وسيلة العدول الصريح:

تلجأ المحكمة الى هذه الوسيلة ان كان الحكم المراد العدول عنه حديث العهد لم ينسه المتقاضون ولا تملك المحكمة تجاهله او السكوت عنه فتلجأ المحكمة مضطرة الى العدول الصريح عما قرره الحكم القديم او التصريح بأن السابقة القديمة نقضت بقضائها الجديد. ومما يسهل على المحكمة انتهاج هذا الاسلوب ان تكون السياسة التشريعية والاوضاع الاجتماعية والاقتصادية قد تغيرت تغييراً جذرياً على النحو الذي لا يمكن معه التمسك بالسابقة القديمة وقوفاً في وجه حركة المجتمع والتزاماً بما لا يلزم من رؤى ومفاهيم عدل المجتمع عنها واتجه الى سواها [3]، فقد قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في حكم لها انه لا يجوز الادانة على اساس دليل تم الحصول عليه من قبض او تفتيش غير مشروع وهذا الحكم يعدل عن السابقة التي

(١) المحكمة الدستورية العليا (قضائية دستورية، جلسة ٦ مايو ٢٠٠٠) في الدعوى رقم (١٩٣ لسنة ١٩) الجريدة الرسمية في ١٨ مايو ٢٠٠٠ العدد ٢٠.

(٢) خالد فتحي ابو زيد ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

(٣) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

كانت في عام ١٩٤٩ التي اجازت فيها المحكمة لموظفي الولاية بالاعتداد بالدليل غير المشروع[١].

ويلاحظ ان المحكمة العليا الامريكية تحاول تحاشي العدول عن سوابقها القضائية اما عن طريق تمييز الحالة المعروضة عليها عن السابقة القضائية وعن طريق الاسباب العرضية او التقرير باختلاف الوقائع فآخر ما تستطيع القيام به قبل العدول الصريح هو ان تحد من السابقة القضائية وذلك كما حدث بالنسبة لقضايا الضرائب اذ قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في قضية لها بأن الطعن على اهداف الانفاق الحكومي غير مقبول لان رافع القضية يستوي في مركزه القانوني مع الملايين من دافعي الضريبة ولا يمكن تمييز مصلحة خاصة له مختلفة عن مصلحة الباقين، ومن ثم فأن الضرر الذي اصابه هو غير مباشر، والطعن امام المحكمة العليا يستوجب ان يكون الضرر مباشراً[٢]، وبعد ٤٥ سنة قررت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية وضع استثناء على هذا المبدأ الصريح فقضت بأنه اذا رفع الطعن استناداً لتجاوز الحدود الدستورية التي تمكن الكونغرس من فرض الضرائب وانفاق النقود فأنه يقبل استناداً الى الحق في اللجوء للقضاء المنصوص عليه بالتعديل الاول من الدستور[٣].

وفي قضية[٤] اخرى قضت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية بحق المرأة غير المقيد في الاجهاض خلال الثلاثة اشهر الاولى من الحمل، ثم عادت وقيدت الامر نسبياً بعد ذلك بأن الحق في الاجهاض ثابت للمرأة وليس للحكومة التدخل في الامر بصورة غير مشروعة او من دون مراعاة الوسائل القانونية السليمة، وهكذا اشارت المحكمة الى امكان التدخل المشروع بمراعاة الوسائل القانونية السليمة

---

(١) في قضية Rogers V. Ricmond 365 us 534 (1961)

(2) Frothingham V. mellon 262 us 447 (1923)

نقلاً عن د. هشام محمد / مصدر سابق ، ص ٥٦٣

(٣) نقلاً عن د. هشام محمد فوزي، مصدر سابق ، ص ٥٦٣ Flast V.Cohen 392 us 83 (1963)

(4) Roe 1973 . نقلا عن هشام فوزي ، مصدر سابق ، ص

وهـو نـوع مـن التقييـد لسـابقه ان التطـور العلمـي والطبـي فـي بحـوث الاجنـة فـي الولايـات المتحدة الامريكية هو ما ادى الى هذا التغير في الحكم .

المبحث الثاني
نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري ومشروعيته

الحكم القضائي بصورة عامة هو ما يقع عليه العدول سواء أعد سابقة قضائية وله قوة ملزمة كما معمول به في الدول التي تتبنى النظام الانكلوسكسوني، ام انه حكم قضائي لا يعد قاعدة ملزمة للقضاء اللاحق كما في الدول التي تتبنى النظام اللاتيني (هذا كقاعدة عامة).

وبسبب اهمية الحكم القضائي الدستوري الذي نجد تأثيره لا على الصعيد السياسي فحسب بل وفي جميع نواحي الحياة بدون استثناء، لذلك نعتقد ان العدول عنه له تأثير على الحياة ايضا بجميع نواحيها.

والعدول في احكام القضاء الدستوري هو عدول أو تحول عن مبدأ قانوني سابق اي عن حكم قضائي كان معمولاً به في السابق واستمر العمل به فترة من الزمن ومن ثم تم العدول عنه لرأي أو حكم أو مبدأ أو حل آخر محله، والحكم الدستوري الذي يضطرد العمل به فترة من الزمن يتحول الى سابقة قضائية. ولذلك سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث على مطلبين:

المطلب الاول: نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري

المطلب الثاني: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري

المطلب الاول
نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري

لا نستطيع القول بصورة مطلقة ان نطاق العدول هو السوابق القضائية وذلك لاختلاف الدول في النظام القانوني الذي تعتمده، فقد يكون النظام انكلوسكسونيا الذي يعتمد على السوابق القضائية في قضاءه ويعدها مصدرا رسميا من مصادر القانون، او ان النظام الذي تتبناه الدولة هو اللاتيني الذي يعتمد في حل المسألة المعروضة امام القضاء على القانون لا غير، فلا يكون للسابقة القضائية اي الزام للقاضي الدستوري.

ونتيجة اختلاف النظم القانونية اللاتينية والانكلوسكسونية في اعتمادها للسابقة القضائية من جهة وحجيتها من جهة اخرى، فإننا سنتناول نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري في كلا النظامين على حدة، وكالاتي:

الفرع الاول
نطاق العدول في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية (النظام الانكلوسكسوني)

اورد الفقه عدة تعريفات اصطلاحية للسوابق القضائية فقد ذهب رأي الى انها قضية قانونية سابقة أسست مبدأ أو قاعدة يكون للمحكمة أو أي جهاز قضائي آخر الحق في الاستفادة منها عند وجود قضية متشابهة في المسائل والوقائع ، وعرفت بأنها قاعدة قانونية وضعت للمرة الاولى من قبل المحكمة لقضية من نوع خاص وبالتالي فهي تحدد اي قضايا متشابهة[1].

ويتضح من هذا التعريف ان السابقة هي من يتأسس وفقها مبدأ قانوني من قبل القضاء ويتم الاستفادة منها في قضايا متشابهة في الوقائع من قبل المحاكم الاخرى، اي ان هذا التعريف يقوم على امرين القضاء الذي ينشئ المبدأ القانوني بمناسبة ايجاد حل قانوني لقضية لم يسبق ان تم الفصل فيها، والتشابه في الوقائع بين القضية السابقة والقضية الحالية.

ويذهب رأي فقهي اخر الى انها ما صدر من الاحكام القضائية على وقائع معينة لم يسبق تقرير حكم كلي لها[2].

والملاحظ على هذا التعريف انه وصف السابقة القضائية بانها حكم قضائي صادر بمناسبة وقائع معينة جديدة لم يسبق ان تم الفصل فيها. على خلاف سابقه الذي اكد على موضوع الدعاوى الاصلية واشترط فيه التشابه.

---

(1) Black's law dictionary p.1059 (5th ed 1979) منشور على موقع
http:// p: llar.wikipedia. org /

(٢) الشيخ محمد بن محمد بن سعد السوابق القضائية منشور على الموقع:
http:/www.alukah.net/

كما عرفها غيرهم بالقول تلتزم كل محكمة قضائية بالمبادئ القانونية التي تكون قد اقرتها في قضية سابقة كما انها تكون ملزمة بجميع القرارات التي اصدرتها المحاكم الاعلى منها درجة(١).

نجد ان هذا التعريف اوسع من سابقه فالسابقة هنا هي كل المبادئ القانونية التي اقرتها المحكمة في القضايا السابقة ويكسبها صفة الالزام، كما ان هذا التعريف اشار الى ناحية اخرى في التعريف وهي صفة الالزام التي تنجم عن الحكم سواء أكان للمحكمة التي اصدرته ام لغيرها متناسيا النواحي الاخرى للمصطلح.

وعرفت من قبل اخر بانها حكم قضائي سابق يترك اثاراً معيارية تتعدى نطاق تلك القضية التي اتخذ فيها(٢). أو هو كل رأي أو قرار أو حكم سابق تنظر له المحكمة على أنه ذو قوة معيارية(٣).

وتذهب التعريفات السابقة الى ان الحكم السابق الذي يترك اثارا معيارية يكون اثره متعدي لنطاق القضية الصادر فيها، اي يمكن القياس عليه وجعله معيارا للقضايا اللاحقة.

ونعتقد ان خير تعريف للسابقة القضائية هو التعريف الاخير الذي اشترط في السابقة القضائية ان يكون لها قوة معيارية واثارا معيارية تتعدى القضية التي اتخذ فيها.

فشروط السابقة القضائية على وفق هذا التعريف هي:

١. حكم قضائي، اي قاعدة او مبدأ اخذ به القاضي في حكمه.

٢. لها قوة ملزمة للقضاة والمحاكم في المرتبة نفسها او الادنى مرتبة.

والسوابق القضائية على انواع وهي:

---

(١) د. مجيد حمد العنكبي، السوابق القضائية في النظام القانوني الانكليزي، ص ١٥ .

(2) Jun komarek, Judicial lawmaking and precedent in supreme courts the European court of Justice compared to the us supreme court, Cambridge year book of legal studies 399,2008- 2009, p. ll

نقلاً عن اطروحة حسين جبر ، قرينة دستورية التشريع، ص ١٤٣ .

(3) Michael J. Gerhardt, the power of precedent, op.cit, p3 .

١. **السابقة الملزمة:** هي السابقة التي يجب ان يتم تطبيقها واتباعها من قبل المحاكم الادنى وقيل ان السابقة لا تكون ملزمة الا اذا كانت[١]:-

أ. المسائل المحلولة في السابقة القضائية هي المسائل نفسها المراد حلها في القضية الحالية.

ب. حل تلك المسألة كان ضرورياً لحسم تلك السابقة القضائية.

ج. الحقائق الاساسية في السابقة القضائية موجودة ايضاً في القضية الحالية.

د. لا تظهر حقائق اساسية اضافية في القضية الحالية.

وفي حالات نادرة يمكن لمحاكم عليا أن تنقلب وترفض السابقة الملزمة ولكن عادة ستقوم بتمييز السابقة القضائية قبل ان تقوم بقلبها.

٢. **السوابق غير الملزمة (المقنعة):** هي السوابق غير الملزمة ولكنها ذات صلة ومفيدة، هذا النوع من السوابق يتضمن القضايا التي تحسمها محاكم ادنى[٢].

قيل عن السوابق القضائية أنها تشكل تهديداً للديمقراطية ولمبدأ الفصل بين السلطات وذلك لان القضاء هيئة غير منتخبة تمارس عمل الهيئة التشريعية (البرلمان)[٣] وهو هيئة منتخبة، وهو سن القواعد القانونية عن طريق السوابق القضائية وان كانت الاخيرة ليست الا تفسير للقوانين فالقضاء يمكنه ان يأخذ التشريع (عن طريق التفسير) بعيداً عما اراده المشرع[٤].

---

(1) Black's law dictionary (5 th 1979) p. 1059

منشور على الموقع: http://p:llar.wikipedia.org

(٢) د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص ٢١١.

(٣) الفرق بين طريقة القاضي في وضع الاحكام وطريقة المشرع ان القاضي انما يضع الاحكام بعد وقوع وقائع او بسبب وقائع معينة فهو لا يضع قوانين عامة لحوادث مستقبلية فهذه مهمة المشرع اذ ان الاخير اذا ما وضع القواعد العامة المجردة لا ينظر الى وقائع خاصة كما هو الحال في عمل القاضي ولذلك يعد القضاء مصدراً من مصادر القانون، د. رياض القيسي، علم اصول القانون، مصدر سابق، ص ٢٠٣ .

(٤) نقلاً عن د. حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٤٦ Jun komarek .op. cit, page 11

كذلك ان التغيير السريع الذي يطرأ على الوقائع والاحداث التي ينظرها القضاء يؤثر على حجية هذه السوابق اذ ان التغيير موجب للتحول الى حكم آخر غير حكم السابقة[١].

أما فوائد السوابق القضائية فهي:

١. توافر حلول جاهزة للوقائع المتشابهة، وعدم اعتمادها يجعل القضاء في حيرة من امره كلما عرضت عليه قضية[٢].
٢. تجعل من القانون اكثر عدالة في التطبيق وذلك لان المحاكم تنفذ القرارات نفسها في القضايا المتشابهة التي تعرض عليها[٣].
٣. اذا ما شعر القاضي بأن حكمه سيكون اساساً لأحكام لاحقة سيكون اكثر موضوعية في نظر القضية التي امامه لأنه سيشعر بأن قراره سيكون اكثر عمومية وسيمس مصالح عدد كبير من الافراد[٤]. أي أن حكمة سيتجاوز الاثر النسبي لحجية الحكم.
٤. ان السوابق القضائية توجد الامن القانوني اذ أنها تزيد من احاطة الافراد وهيئات الدولة بمتطلبات القانون فمعرفة ما قررته سابقة قضائية يجعل الافراد والهيئات مطمأنين الى ما يريده منهم القانون على وجه التأكيد[٥].

---

(1) http://www.alukah. Net/

(2) http: //www. Alukah.net/

Geoffrey.R.stone, Precedent, the Amedment Process and Evolution in constitutional Doctrine ,Harv. J.L and pub poly. 1988. P.67

نقلاً عن اطروحة د. حسين جبر ، مصدر سابق ، ص ١٤٥ .

(٣) نقلاً عن د. حسين جبر عن المصدر السابق ، ص ١٤٦

Jun Komarek.op.cit,page 11

http: //www.law-zag. Com/

(4) Michael J.Gerhardt, op. cit page 18

(٥) نقلاً عن د. حسين جبر، المصدر السابق ، ص ١٤٥

Jun komarek, op.cit.page 11

اختلفت اراء الفقهاء في السابقة القضائية بين مؤيد ومعارض من مؤيديها الفقيه (كنت) ويرى فيها ضمان حياد القاضي واستقرار المعاملات وهو لا يدعو الى الالتزام بها انما يدعو الى الاخذ بها مالم يجد حلاً افضل منه. وكذلك يذهب بعض الفقه [1] الى ان من نتائج اعتماد السابقة القضائية ان تميز ذلك النظام بطابع عملي مرن يتفق مع مقتضيات الحياة وظروفها المتغيرة، وساعد ذلك الولايات المتحدة عن طريق محكمتها العليا ان تعلن صراحة عدم التزامها بأحكامها السابقة.

ومن معارضيها (هولمز) فيرى فيها صورة الماضي الذي يريد ان يتحكم في المجال القانوني وفي المستقبل وعلى القاضي ان يزن النتائج الاجتماعية لقراره[٢].

ان اهم ما يميز الشريعة الانكلوسكسونية هو اخذها بمبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية ذلك ان هذه الشريعة غير المدونة والمستندة في اصولها القديمة الى اعراف قديمة كان لا بد لها ان تبتكر طريقة تثبت بها احكام القانون[٣].

ويعد القضاء في القانون الانكليزي ومن تبعه من الدول التي اخذت بهذا النظام هو المصدر الرسمي للقاعدة القانونية ، فالقانون الانكليزي في اساسه قانون قضائي اذ يتكون من مجموع السوابق التي حكمت بها المحاكم الانكليزية فيما عرض عليها من قضايا فما حكم به القاضي الدستوري يعد قاعدة قانونية على بقية القضاة اتباعها وتطبيقها فيما يعرض عليهم من منازعات.

وتتلخص مبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية في النظام الانكليزي[٤] بالاتي:-

١. ان كل محكمة ملزمة باتباع قرارات المحاكم الاعلى منها درجة.
٢. كل القرارات الصادرة من المحاكم جديرة بالاحترام لكن هناك فرق بين السوابق الملزمة والسوابق المقنعة.

George Costello, the supreme courts overruling of constitutional precedent: an overview, crs, report for congress ,p.2 .

(١) سعيد الصادق ، مصدر سابق ، ص ٣٢ .

(2) faculty. Ksu.edu. sa/

(٣) د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٣ .

(٤) رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص ٢٠٨ .

٣. ان مبدأ القرار هو الملزم في السابقة القضائية وليس ما قيل في سياق القرار.

٤. ان تمييز السابقة عن الدعوى المنظورة امام القاضي يجعل القاضي في حل من السابقة القضائية.

٥. السوابق القضائية لا تلغى بمرور الزمن ولكن مرور مدة زمنية طويلة يجعل من الصعب تطبيق السابقة في ظل الظروف المعاصرة.

٦. يمكن اقتباس السابقة من اي مصدر نشرت فيه.

الا أن الجمود المعهود في القضاء الانكليزي في تطبيق السوابق القضائية والسير على خطاها ليس هو المعهود في الولايات المتحدة الامريكية اذ لا نرى مبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية وسوابق القضاء الانكليزي يمكن ان تلغى من قبل المشرع العادي كما انها يمكن ان تلغى من قبل القضاء الدستوري اذاً فهناك اكثر من جهة بإمكانها ان تصحح الوضع القانوني الخاطئ الناتج عن السابقة القضائية، فشروط الاخذ بالسابقة القضائية في الولايات العليا الامريكية (ان يكون مسجلاً في مجموعة قانونية وان يكون معللاً وكذلك في المحاكم المتعددة يتولى احدهم تسبيب الحكم ويقره الاخرون ومن يخالف الاكثرية فأنه يدون مخالفته ويؤيدها بحجته)[١].

أما في الولايات المتحدة الامريكية لا يمكن للكونغرس الغاء السابقة القضائية الدستورية الصادرة من المحكمة العليا بينما الاخيرة لها الحرية في الغاء سوابقها القضائية اذا رأت أنه يشكل استمرارا لخطأ قانوني او مجافاة العدالة، عن طريق العدول القضائي أي الغاء المحكمة الاتحادية للسابقة التي وضعتها اما عن طريق العدول الصريح او عن طريق العدول الضمني او أن تلغى السابقة القضائية عن طريق التعديل الدستوري.

وهناك اربع مناسبات جرى بها تعديل مضامين للسوابق القضائية عن طريق التعديل الدستوري[٢] كان اولها السابقة القضائية التي اقرتها المحكمة والتي تتضمن حق المواطن الذي

(1) Neil Duxbury, the nature and the authority of precedent cambridge University press, New York, U S A. 2008, in the introduction of the Book.

(٢) أنظر: د. حسين جبر الشويلي، مصدر سابق، ص١٤٨.

ينتمي الى ولاية في مقاضاة ولاية اخرى امام القضاء الاتحادي وذلك في قضية Chisholm v. Georgia[١] عام ١٧٩٣ ولم يتم الغاء هذه السابقة الا عن طريق التعديل الدستوري الحادي عشر عام ١٧٩٨ الذي يمنع رفع دعوى مباشرة على الولايات امام القضاء الاتحادي من قبل مواطني الولايات الاخرى او رعايا الدول الاجنبية.

السابقة الثانية في هذا الخصوص كانت في القضية التي حكمت بها المحكمة العليا بعدم دستورية قانون مصالحة ميسوري (Missouri compromise) الذي كان يعد خطوة قانونية مهمة بأتجاه محاربة العبودية وتلك هي قضية Dread scott V.sandford [٢].

وكانت السابقة الثالثة التي الغيت عن طريق التعديل الدستوري هي السابقة التي اقرتها المحكمة في قضية (Pollock V.Farmers Loan and Trust Co)[٣] والتي الغيت بالتعديل السادس عشر للدستور الامريكي. أما آخر السوابق التي تم الغاؤها عن طريق التعديل الدستوري فهي حكم المحكمة في قضية (Oregon V. Mitchell)[٤] والتي قضت فيها المحكمة بعدم دستورية نصوص قانونية في قانون حق التصويت (Voting Rights Act) والتي تم اضافة مبدأ قانوني عن طريق التعديل الدستوري السادس والعشرين. اذ قرر منح البالغين سن ١٨ سنة حق الانتخاب .

اما في النظام الانكليزي فالوسيلة الوحيدة لعلاج اصرار مجلس اللوردات على سابقة قضائية فاسدة هي قيام البرلمان بوضع تشريع جديد يعالج المشكلة القانونية[٥].

وعبر الفقيه (ليويلين) عن الوضع الحقيقي للسابقة القضائية في الولايات المتحدة الامريكية الى قوله بأن " الشيء الوحيد الذي نكسبه من تظاهرنا بالالتزام بالسوابق القضائية هو توفير الجهد وتجنب المسؤولية لاعتبار ان القاضي الذي يلتزم بها يقوم بحكم اعمى استناداً الى ما هو موجود دون محاولة الوصل الى حكم اخر

(1) Chisholm v.Georgia 2 us 419 (1793)

(2) Dread scott V.sandford 60 us 393 (1857)

(3) Pollock V.Farmers Loan and Trust Co 157us 429 (1895)

(4) Oregon V. Mitchell 400 us 112 (1970)

(٥) د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣١ .

يتسم بالحكمة والذكاء، الا ان هذا الجهد ليس هو الجهد الذي يكون علينا توفيره كما ان هذه المسؤولية هي المسؤولية التي يكون على القاضي ان يواجهها[١].

ومع ذلك فأن (ليويلين) لا ينكر فوائد السوابق القضائية " فهي مصدر فعال في امداد القاضي الجديد قليل الخبرة بتجربة اسلافه ، كما انها تتيح للقاضي الجاهل ان يتعلم من معرفة زملائه ومن سبقوه وللكسول ان يستفيد من مثابرتهم وللغبي ان يستنير بذكائهم وللمرتشي ان يراعي ان اعماله سوف تفضح امره " [٢].

وايضاً عبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية وهي التي تعمل في ظل مبدأ حجية السوابق القضائية في وقت مبكر عن القيمة النسبية لهذا المبدأ وذلك في عام ١٨٤٩ في القضية المعروفة باسم (The Passenger Gas) اذ قررت ان " القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة هي ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها اذا تبين انها اقيمت على اساس خاطئ وحجية هذه الآراء يجب ان لا تعتمد الا على قوة ما تستند اليه من منطق وتدليل[٣].

ونعتقد ان ما ذهب اليه للقاضي برانديز عام ١٩٣٢ في قضية شركة (كورنادو للزيت) هو اكثر انطباقا وانسجاما مع موقف المحكمة الاتحادية العليا في العراق اذ ذهب الى انه "يتصل الامر بتفسير الدستور الاتحادي وبتعزيز تصحيح الاخطاء القضائية بإصدار تشريعات جديدة فقد جرت هذه المحكمة على تصحيح اخطائها

(1) liewellyn" Legal tradition and social science method A Realists Critique" Essays on Research in the social sciences Brookings Institution (1931) P.108 FN.

نقلاً عن سعيد الصادق ، مصدر سابق ، ص ٢٢٠ .

(2) Llewellyn "The Bramble Bush: on our law and it's study (1951) P.66

نقلاً عن سعيد الصادق مصدر سابق ، ص ٢٢٠

(3) Burnet V. Colorado oil& Gas Co. 285 us 393 (1932)

نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٢، د. احمد كمال ابو المجد – دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مصدر سابق، ص ١٤ .د. ابراهيم محمد حسنين، مصدر سابق، ص ٩٩ .

بنفسها عن طريق نقض احكامها السابقة نازلة بذلك عنه حكم التجربة وما يتضح انه الاصح والاسلم من المبادئ القانونية..." [1].

الفرع الثاني
نطاق العدول في الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية (النظام اللاتيني)

يشمل النظام اللاتيني كلاً من فرنسا وبلجيكا وايطاليا والمانيا والنمسا وهولندا وسويسرا ومصر ولبنان والعراق واسبانيا.

وعلى الرغم من ان النظام اللاتيني لا يعتد بمبدأ القوة الملزمة للسوابق القضائية الا بالنسبة لأطراف النزاع الا أن السوابق القضائية لم تكن بدون اية قيمة قانونية، بل كان لها قوتها المقنعة.

اذ تنحصر مهمة القاضي في الانظمة اللاتينية على تطبيق القانون على الدعاوى المرفوعة امامه واذا لم يجد ما يطبقه من قواعد قانونية فانه يوجد الحل باجتهاده وأثر الحكم الصادر يقتصر على اطراف الدعوى لا غير وحكمه لا يلزم اي محكمة وان كانت ادنى من التي اصدرت الحكم[2].

والسوابق القضائية في النظام اللاتيني ليست عديمة القيمة وانما يسترشد بها القضاة وهي مصدر تفسيري لقواعد القانون.

ولا يخفى على احد اهمية القضاء كمصدر تفسيري، اذ ان اعتماد القضاء كمصدر شكلي للقاعدة القانونية فيه اهدار لمبدأ الفصل بين السلطات، اذ ان وظيفة القضاء تقتصر على تطبيق القانون لا صنعه، كما لا يمكن ان نساوي بين القواعد المستخلصة من القضاء مع القواعد القانونية التي سنها المشرع، فبينما القواعد القانونية تبقى نافذة الى حين الغائها صراحة او ضمنا من قبل المشرع، و القواعد المستنبطة من

---

(1) J.Howard 283 (1949)

نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد ، ص ٢٣٢

(٢) انظر في ذلك : د. رياض القيسي، مصدر سابق، ص ٢١٨ وما بعدها .

وكذلك بحث منشور على الموقع: http: //www. Law-zag. Com/

قبل القضاء مهما استقر العمل بها لا تعد ملزمة للقاضي الذي له ان يعدل عنها متى ارتأى ذلك، بسبب تغير الظروف او عدم رجاحة الاخذ بها، فهي رهينة ببقاء الظروف التي دعت الى الاخذ بها[١]

ومن الناحية العملية ان المحاكم تحترم السوابق القضائية للمحاكم الاعلى وتحرص على عدم مخالفتها لسببين[٢]:-

١. ان مهمة المحكمة العليا مراقبة تطبيق المحاكم للقواعد القانونية فتحرص المحاكم على ان تجيء احكامها مطابقة لما استقر من الاقضية السابقة تفادياً لنقض احكامها[٣].
٢. ان قضاة المحاكم العليا عادة يكونون ممن بلغوا مبلغاً متقدماً من التحصيل العلمي بالأحكام والخبرة في تطبيقها على الوقائع مما يغلب على الظن صواب احكامهم فتطمئن النفس الى الاخذ بها.

ونتفق مع الرأي القائل ان السوابق القضائية في النظام اللاتيني وان كانت غير ملزمة الا ان لها في الواقع حجية عامة وقوة اقناع لدى القضاة فيما يعرض عليهم من الحالات المستقبلية لجملة اسباب منها القيمة الذاتية للأحكام لدى القضاة بالميل لما سبق وحكم به فضلا عن عامل التناسق ووحدة الحلول في القضايا المتشابهة الامر الذي يؤدي الى وحدة المبادئ التي يكفلها القضاء[٤].

---

(١) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، القاهرة: الهيئة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ط ٢، ١٩٦٩، ص ١٥٣.

(٢) حجية السوابق القضائية للدغثير، بحث منشور في مجلة العدل عدد ٣٤، ص ١٧٨ -١٨٠ نقلاً عن الموقع: http://www.alukah.net/

(٣) يبقى للمحاكم حق مخالفة التفسير الذي استقرت عليه محكمة التمييز ولو على حساب تعريض احكامها للنقض الا ان الواقع لنا ان اطراد محكمة التمييز على تفسير معين يحمل المحاكم الاخرى على اتباعه خشية من تعرض احكامها للنقض من قبل محكمة التمييز التي تراقب صحة تفسير النصوص، د. محمد علي عرفة مبادئ العلوم القانونية، ط٢، ص ١٨٢ .

(٤) د. صالح يعسوب، السوابق القضائية ودورها في الاستقرار القضائي، مجلة القضاء، الاعداد (١،٢،٣،٤) السنة ٥٣، ١٩٩٩، ص ٣٥.

تنص الدساتير عادة على أن قرارات القضاء الدستوري ملزمة للمحاكم والسلطات والافراد كافة ، ومن ذلك نص م/٩٤ من دستور العراق لسنة ٢٠٠٥ التي جاء فيها (قرارات المحكمة الاتحادية العليا باته وملزمة للسلطات كافة)، ونصت م/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر ذي الرقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل على أنه (احكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللكافة). ففي المسائل الدستورية تخرج الدول التي تتبع النظام اللاتيني عن الاصل العام في حجية الامر المقضي به من حيث نسبية اثار الاحكام[١]، اي ان هذه النصوص جعلت احكام القضاء الدستوري حجية مطلقة، اي ان أثر هذه الاحكام لا يقتصر على اطراف الدعوى وانما يمتد الى جميع السلطات في الدولة والى الافراد كافة.

وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق في العديد من قراراتها[٢]، اذ تذكر في بعض من قراراتها عبارة (وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الاتحادية العليا في العراق بالعديد من قراراته). اما بالنسبة لحجية السوابق القضائية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية في العراق فأن المشرع قد تدخل والزم المحكمة الادنى بوجوب اتباع قرار محكمة التمييز الاتحادية في الحالة المنصوص عليها في م/٢١٥ /ق/٢ من قانون المرافعات رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل اي ان المحاكم الادنى لا تلتزم بقرارات المحكمة الاعلى الا في حالة (اذا كان الحكم المميز صادراً من محكمة استئناف او محكمة بداءة يقتصر في اتباع قرار النقض على ما تضمنته من اجراءات اصولية فقط الا اذا كان قرار النقض صادراً من الهيئة العامة فانه يكون واجب الاتباع في جميع الاحوال).

(١) د. محمود نجيب حسني – القسم العام، ص ٨٧ .

(٢) ينظر في ذلك: د. عزيز جواد هادي ، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية منشور على الموقع: www. Iasj. Net/.

وقد سارت المحكمة الدستورية العليا في مصر على النهج نفسه [١]، اذ جاء في بعض من قراراتها عبارة (وعلى ما جاء به قضاء هذه المحكمة) او (وعلى ما استقر عليه قضاء هذه المحكمة).[٢]

وكذلك ذكرنا سابقاً عن نص دستوري فرنسي يعتد بالسوابق القضائية في المادة ٦٢ من الدستور الفرنسي من حيث مطابقتها للدستور او ملائمته له كما ان الرأي الذي يصدره ملزم لجميع السلطات العمومية.

المطلب الثاني
مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري

يختلف مدى امكانية الاخذ بالعدول في احكام القضاء الدستوري من قبل الدول باختلاف الانظمة القانونية التي تطبقها ، فهناك الدول التي تتبع النظام الانكلوسكسوني وهناك الدول التي تتبع النظام اللاتيني، والنظام اللاتيني والانكلوسكسوني يختلفان من حيث المصادر القانونية وتقسيماتها من حيث كونها اصلية او تفسيرية، ففي النظام الانكلوسكسوني يعد الحكم القضائي الشهير او السابقة القضائية مصدر اصلي من مصادر القاعدة القانونية، فالسابقة ملزمة للقضاة كالزام القاعدة القانونية المشرعة، اما في النظام اللاتيني فالقضاء يطبق احكام القانون والحكم القضائي السابق ليس ملزما كقاعدة واجبة الاتباع، لذا فان امكانية العدول في كلا النظامين تختلف والا ان هناك تقارب في الجانب العملي لذا سنتناول هذا الموضوع وفق التقسيم التالي:

الفرع الاول: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام الانكلوسكسوني

الفرع الثاني: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام اللاتيني

الفرع الاول
مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام الانكلوسكسوني

(١) ولمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد فؤاد، مصدر سابق، ص ٨٥٧ الهامش (٣) .

(٢) قضية رقم ٩٩ لسنة ٢٠ قضائية دستورية بتاريخ ١٩٩٩/١٢/١٤ وكذلك الحكم رقم ١٥ لسنة ١٤/ قضائية / دستورية في ١٩٩٣/٥/١٥

اما بالنسبة للأنظمة الانكلوسكونية التي يعتمد نظامها على السوابق القضائية التي تعد مصدرا من مصادر القانون، فالقاعدة المطبقة من قبل المحكمة الدستورية في قضية معينة ينبغي ان تطبق على القضايا المشابهة لها كافة في المستقبل، اي انها تتمسك بمبدأ الزامية السابقة القضائية، فالقاضي الادنى درجة او المحكمة الادنى درجة تلتزم بما تصدره المحاكم الاعلى من احكام قضائية وعلى العكس لا تلتزم المحاكم الاعلى بسوابق المحاكم الادنى درجة.

فالقضاء هو مصدر القاعدة القانونية في النظام الانكليزي، وتعد القواعد المستخرجة من الاحكام القضائية بمثابة القواعد القانونية الواردة في نصوص التشريع فالقاضي في القانون الانكليزي عليه ان يبحث عن الحلول، فيما يعرض عليه من منازعات، في مجموعة الاحكام ليستخرج منها القاعدة القانونية الواجبة التطبيق عليها، اذا فالقانون الانكليزي في اساسه قانون قضائي يتكون من مجموع الاحكام التي تصدرها المحاكم الانكليزية، فاذا ما طبق القاضي قاعدة ما في حكمه فإنها تعد قاعدة قانونية على بقية القضاة احترامها وتطبيقها فيما يعرض عليهم من منازعات، فالحكم الذي يصدر من محكمة ما يعد ملزم لجميع المحاكم في درجتها او الادنى مرتبة منها[١]

لكن مبدأ الزامية السوابق القضائية لا يطبق بصورة جامدة وانما يتمتع بمرونة كبيرة في التطبيق، ففي انكلترا مبدأ السوابق القضائية لا يرتكز على اساس تشريعي انما هو مبدأ قانوني مصدره القضاء والاخير يقضي بأن القاعدة القانونية ليست جامدة ، وقد انتقد مجلس اللوردات في انكلترا مبدأ السوابق القضائية وفي عام ١٩٦٦ قضت بأنها ليست مقيدة او ملزمة بأحكامها السابقة[٢].

اما في الولايات المتحدة الامريكية فقد ارتبطت فكرة السوابق القضائية بالقرارات الكبرى او القرارات الشهيرة ومؤداه ان المحكمة العليا تبحث في الاحكام السابقة عند عرض النزاع عليها، لترى ان كانت المشكلة قد تم الفصل فيها سابقاً وتتبع المبدأ

(١) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، مصدر سابق، ص ١٤٧ و ١٤٨ .

(٢) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٤٣ .

المقرر نفسه في السابقة القديمة وكلما تتابع احكام القضاء في الموضوع نفسه كلما اكتسب المبدأ القديم حجية وقيمة بالغتين [١] ،وهذا ما يجعل القواعد القانونية ثابتة ومستقرة وكذلك يكفل استقرار المعاملات[٢] الا انه من المتصور ان تتطور الظروف على نحو يحدو بها الى العدول عن قضائها السابق[٣].

وقد عبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عن نظريتها في مبدأ السوابق القضائية في حكمها عام ١٨٤٩ في القضية المعروفة باسم (The Passenger Cases) وفيه يقول رئيسها (تاني): "أنه يجب ان يكون معلوماً ان القاعدة التي تجري عليها هذه المحكمة هي ان آراءها في تفسير الدستور تظل دائماً مفتوحة للبحث لإعادة النظر فيها اذا تبين انها اقيمت على اساس خاطئ، وحجية هذه الآراء يجب الا تعتمد على قوة ما تستند اليه من منطق وتدليل[٤].

ونجد أن المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عدلت عن احكامها بين عام ١٨١٠-١٩٩١ بما يقارب٢٦٠ قضية.[٥]

فالواقع العملي للقضاء الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية اظهر ان المحكمة العليا قد عدلت عن احكامها السابقة بشكل كبير سواء أكانت السوابق القضائية عمل بها لفترة طويلة جدا ام لم يمض عليها بضعة اشهر.

وقد اختلفت الآراء الفقهية حول هذه الظاهرة بين مؤيد ومعارض، فالرأي المؤيد يرى فيها ان العدول الصريح يبعث على الثقة بها ويكشف عن مدى حرصها على

---

(١) د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، ص ٢١٢. وينظر ايضا:
frank h. easter brook , stability and reliability in judicial decisions ,73 cornell l .rev.422 .

(٢) د. مها بهجت يونس، الحكم بعدم دستورية تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية قرار اعلان ومد حالة الطوارئ والاوامر العسكرية، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ١٩٠.

(4) J.How ard 283 (1949)

نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٢ .

(٥) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٤٤ .

تصحيح اخطائها بنفسها مؤثرة التعرض للصدمة الناتجة عن هذا العدول من الالتجاء الى تصويرات وتفريعات مصطنعة لتبرير الخروج على السوابق القديمة التي تكشف فسادها. اما الرأي المعارض فيرى فيها امرا شديد الخطورة فهو يهدد الاستقرار في المعاملات ويجعل ذوي الشأن في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية، فلا يكاد احد منهم يتنبأ بموقف المحكمة حتى في ضوء احدث السوابق القضائية واكثرها انطباقا على مركزه القانوني(١).

وهناك رأي فقهي آخر(٢) يرى ان: "... تطوير القضاة للدستور ضرورة وقيمة عليا، حتى في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية، ذلك انه وان صح القول بأن السوابق القضائية قد تعوق في بعض تطبيقاتها تطوير قواعد الدستور، وان بقاءها بعد ظهور عنصر الخطأ فيها، مؤداه تعميق الاضرار التي قارنتها، وكان ذلك يعتبر مداً رجعياً للسوابق القضائية التي تفرض نفسها على حقائق الحياة بما يحول دون تغيير مضمونها، واعناتاً يتقيد بمفاهيم الاخرين الذين صاغوا لهذه السوابق قوالبها، واستصحاباً لآراء سابقة اصر على تطبيقها قضاة في اجيال لاحقة، ونكولاً عن اعمال حكم العقل في مسائل دستورية بطبيعتها لا يجوز ان تحول السوابق القضائية بضغوطها دون اعادة النظر فيها ومراجعتها، وقبولاً من القضاة الذين تبنوها لان يكون طريقهم الى الاجتهاد مغلقاً ،والى الحق موصداً ،مع تراضيهم على الاذعان لاصداء من الماضي البعيد لا يتحولون عنها، ولو كان بوسعهم ان يصدوها عن اذانهم، وانكاراً لأصل لا نزاع فيه، هو ان ما كان صائباً في زمن معين ،قد يكون تراثا شائها في فترة تالية ، وكان ثابتا كذلك ان المسائل الدستورية ترتبط بوقائعها وبزمانها ، وبما هو قائم من ظروفها عند الفصل فيها، وانه حتى في مجال عمل السلطة التشريعية، فأن البدائل التي تختارها اليوم، قد تتحول عنها في الغد اذا كان العدول عنها، اكثر منطقية، وادعى لضمان الحقوق التي تنظمها، الا ان كل اعتراض على نظام السوابق القضائية يتعين ان ينحصر في التطبيق الالي للسابقة القضائية، وفيما وراء هذا التطبيق يظل

(١) د. عزيزة الشريف، مصدر سابق، ص ٢١٨ . د. احمد كمال ابو المجد ، مصدر سابق ، ص ٢٣٦ .

(٢) د. عوض المر، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في ملامحها الرئيسية، مصدر سابق، ص ٧٦.

تعديل السوابق القضائية وتطويرها عملاً قضائياً تبذل فيه جهة الرقابة القضائية على الشرعية الدستورية كل جهد، وعلى الاخص كلما استطال الزمن بين صدور السابقة القضائية من جهة، وتصحيحها من جهة ثانية – بعد انهيار دعائمها – سواء في الاصول التي تقوم عليها او في مناسبتها لأوضاع جديدة لا يجوز اغفالها، كيلا تظل السوابق القديمة على حالها، ولو كان خطؤها فادحاً، او تزمتها معبراً عن نظرة ضيقة لا تقيمها، او نقضتها قيم جديدة تحتم العدول عنها. ويتعين دوماً تأكيد ان القضاة في كل بلد يخطئون ويصيبون من خلال احكامهم التي لا تبلور في واقع الامر غير خبراتهم الاجتماعية التي لا تصدق نتائجها دوماً، وان ظل تصحيحها وتقويم اعوجاجها واجباً لا يجوز التفريط فيه، فضلاً عن انهم في الاعم يطورون نصوص الدستور بما يجعلها اكثر تناغماً مع روح العصر. ولولا تدخلهم لظل الدستور وثيقة عاجزة عن مواجهة امال مواطنيها قاصرة عن ان تحقق طموحاتهم ، ضامرة شراييها ، فلا تتدفق اليها دماء جديدة تفرضها رياح التغيير بما يحبط دورها الفاعل في تشكيل مجتمعها، بل تبقى قابعة في مكانها الاول عصية ان تتحول الى حقيقة حية تؤسسها وتوحدها القيم المتواصلة في عطائها، والتي لا يجوز ان تنعزل السوابق القضائية عنها، والا باعدت بينها وبين مواطنيها بما يجعل التفافهم حولها مظهرياً او عقيماً ".

ويرى اخر[1] بأن "... ان الاصل هو امتناع المحكمة عن ممارسة هذا العدول عن الاحكام القديمة ومواصلة الالتزام بما جرت عليه وقررته تلك الاحكام اياً كان وجه الرأي فيما قضت به وانتهت اليه.. لذلك يتجنب كثيرون تشجيع المحكمة على العدول عن احكامها القديمة اعتقاداً بأن الراجح ان يكون ذلك العدول تراجعاً عن بعض المبادئ التي قررتها الاحكام القديمة وانتقاصاً من الحقوق والحريات التي استقرت الاحكام على امتناع المساس بها وترخصاً في اعمال مبادئ الشرعية الدستورية وسيادة القانون وكلها امور نتمنى الا تكون ولا نتصور – مطلقاً – ان يكون شيء من ذلك وراء البحث عن سلطة المحكمة في العدول عن بعض ما قررته احكامها السابقة، كما

(١) د. احمد كمال ابو المجد، دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر، ج ٢، مصدر سابق، ص ١٤ .

لا نحب ان تؤدي هذه الهواجس الى اجهاض البحث الضروري عن الوسائل الفنية التي تفتح الباب امام المحكمة لتجديد قضائها في ميادينها المختلفة.. اما قضية التراجع الذي يخشى من البعض فتظل امراً متعلقاً بالسياسة القضائية للمحكمة مرجعه في النهاية الى تصورها لعلاقتها بسائر السلطات ووعيها الذي لا نشك فيه ابداً، بأهمية الدور الكبير الذي تؤديه في تثبيت دعائم الشرعية الدستورية و اقرار السلام الاجتماعي والسياسي وهو سلام لا قيام له و لا دوام الا بالزام سلطات الحكم جميعاً بنصوص الدستور ومبادئه المهمة الكبرى التي وكلها الدستور الى المحكمة الدستورية واختصاصها بها دون غيرها..".

نرى ان الرأيين السابقين يكمل احدهما الاخر فكلاهما يؤيدان فكرة العدول عن السوابق القضائية اذا ما ادى تطبيق السابقة القضائية الى عدم مواكبتها للتطور او ثبت عدم صحتها.

الفرع الثاني
مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام اللاتيني

سبق أن اشرنا الى ان السوابق القضائية ليست ملزمة في ظل النظام اللاتيني لا للمحكمة التي اصدرت الحكم ولا المحاكم الادنى منها ولا حتى القاضي الذي اصدر الحكم الا أن لها قيمة أدبية وبالتالي فان امكانية العدول عن أحكامها القضائية لا يسبب أي اشكالية تذكر.

فتنحصر مهمة القاضي في تطبيق القانون فيما يرفع اليه من قضايا، فالمشرع الفرنسي نص صراحة على ان القضاة لا يمكن لهم ان يضعوا، للفصل في احدى القضايا، مبدأ عاما يطبق في القضايا المماثلة، وان كان بطريقة ضمنية، تطبيقا لمبدأ الفصل بين السلطات، فليس للسلطة القضائية الا تطبيق القانون، اما وضع القاعدة القانونية فيعد وظيفة السلطة التشريعية، فاذا ابيح للسلطة القضائية ان تضع قواعد عامة كان هذا اعتداء على عمل السلطة التشريعية[1].

(١) د. محمود جمال الدين، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، مصدر سابق، ص ١٤٩ .

أما اذا بحثنا عن التطبيق العملي لما سبق ذكره نلاحظ أن الدستور الفرنسي يعرف مبدأ السوابق القضائية بنص القانون، فضلا عن أن الدول التي تأخذ بنظام الرقابة على دستورية القوانين (الرقابة اللاحقة) تعطي لاحكام القضاء الدستوري القوة القانونية الالزامية على كافة المحاكم الموجودة بالدولة[١].

ولا بد من الاشارة الى ان الفقه العراقي قد انقسم حول مدى امكان قيام المحكمة الدستورية العراقية بالعدول عن احكامها في ظل القانون الاساسي لعام ١٩٢٥ على رأيين:-

رأي: يرى ان وجوب التقيد بالسوابق القضائية للمحكمة العليا وذلك مراعاة لأحكام القانون الاساسي لأنه جعل احكامها قطعية وهي ملزمة لجميع المحاكم ودوائر الدولة والمحكمة العليا ايضاً ملزمة بما سبق وان حكمت به[٢].

ورأي يرى بأن قرارات المحكمة قطعية في ظل القضية المحكوم بها ولكن المحكمة لها ان تعدل عن قراراتها السابقة في قضايا اخرى اذا ظهرت لها اسباب اخرى[٣].

ونرى ان الرأي الاسلم ان تتقيد المحكمة بأحكامها السابقة ان لم يكن هناك سبب مقنع يدفعها الى العدول عن حكمها كأن يكون الحكم السابق لا يناسب المرحلة التي تمر بها الدولة او كأن يحصل تغيير على الصعيد السياسي او الاقتصادي، ذلك ان مواكبة التطور ضرورة من ضرورات الحكم الدستوري ولان الحياة في تطور مستمر ولابد ان يرافقه تطور القوانين التي تحكمها كي لا يظل القانون والحكم الدستوري في واد والحياة الواقعية في واد اخر، على ان يعد العدول استثناء من الاصل لا القاعدة ، وذلك للمحافظة على استقرار المعاملات والاستقرار القانوني بشكل عام فضلا عن الحفاظ على الامن القانوني.

---

(١) عبد الحفيظ الشيمي، مصدر سابق ، ص ٤٦ .

(٢) حسن محمد ابو السعود، مذكرات في اصول القانون، بغداد: مطبعة الفيض الاهلية، ١٩٤٠، ص ٣٨٥.

(٣) عبد المجيد عباس، اصول القانون، بغداد: مطبعة المعارف، ط١، ١٩٤٧، ص ٢٧٢ وما بعدها.

اما ما جرى العمل به في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي من ان التفسير الذي يقوم به يكون لازماً للفصل في رقابة الدستورية لا يكون لازماً وبالتالي يمكن العدول عنه في قضاء لاحق[١] ففي قضاء للمجلس الدستوري الفرنسي الذي قدر فيه ان مبدأ عدم رجعية العقوبات المنصوص عليها في م/٨ من اعلان حقوق الانسان والمواطن في ١٧٨٩ هو مبدأ دستوري ولكنه لا ينطبق الا على العقوبات الجنائية وبالتالي لا يكون مخالفاً للدستور ان يسري التشريع بأثر رجعي في غير المواد الجنائية[٢].

ومن ثم عدل عن قضائه السابق اذ قرر ان م/٨ من اعلانات حقوق الانسان والمواطن لا ينطبق فقط على العقوبات التي يحكم بها القاضي الجنائي وانما يشمل بالضرورة (كل جزاء له وصف عقاب) حتى لو عهد المشرع توقيعه الى جهة قضائية وهذا يعني ان مبدأ عدم رجعية العقوبات ينطبق على العقوبات الادارية والضريبية[٣].

وهناك رأي فقهي يرى ان في مصر يعرف مبدأ الحجية المطلقة مما يعني تقيد المحاكم الادنى (العادية والادارية) باحكام المحكمة الدستورية العليا لكن هل تتقيد الاخيرة بأحكامها بما لا يمكنها من العدول عنها ؟ الجواب سيكون بالنفي لان الالزام سيسري على المحاكم الادنى فقط[٤].

ويكاد الفقه المصري يجمع ان ثمة حالة وحيدة يمكن من خلالها العدول عن السابقة القضائية بدستورية قانون معين وهي حالة ما اذا صدر قانون جديد او عدل الدستور القائم، واصبح التشريع السابق المقضي بدستوريته مخالف للدستور الجديد او الاحكام المعدلة[٥].

---

(١) مصطفى محمود عفيفي، الرقابة الدستورية في مصر والدول الاجنبية، ص ٤٠.

(٢) د. محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، الكويت: ١٩٩٩، ص ٨٠.

(٣) د. محمد عبد اللطيف، مصدر سابق، ص ٢٢٣ .

(٤) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٤٧ .

(٥) عادل عمر شريف ، قضاء الدستورية، ص ٤٦٨. محمد جمال عثمان اثر الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا، ص ١٨. د. صبري محمد السنوسي محمد، اثار الحكم بعدم الدستورية ، مصدر سابق، ص ٧٠ .

بينما كان (براندیز)[1] يرى ان الحاجة الى العدول عن الاحكام القديمة لا تستند الى احتمال الخطأ السابق في تفسير الدستور فحسب وانما قد يدعو اليها تغير الظروف والملابسات بعد صدوره ، اذ ناقش مبدأ السوابق القضائية بالقول "... ان الحكمة تقتضي في معظم الاحوال بالتزام هذا المبدأ اذ المهم في الغالب هو استقرار الاوضاع القانونية ولو على غير دقيق من الناحية النظرية، اما حيث يتصل الامر بتفسير الدستور الاتحادي ويتعذر تصحيح الاخطاء القضائية بإصدار تشريعات جديدة، فقد جرت هذه المحكمة على تصحيح اخطائها بنفسها عن طريق نقض احكامها السابقة نازلة بذلك عن حكم التجربة وما يتضح انه الاصح والاسلم من المبادئ القانونية ومؤمنة في ذلك بان قاعدة "التجربة والخطأ "قاعدة سليمة في المجال القانوني كما هي سليمة في مجال العلوم التطبيقية".

اما في العراق فقد لاحظنا وجود عدول في احكام القضاء الدستوري ، فقد سبق الاشارة الى انها عدلت عن القرار المرقم ١٣/اتحادية /٢٠٠٨ بتاريخ ٢٠٠٧/٧/١٦ عنه الى القرار بالعدد ١٦/اتحادية/٢٠٠٨ في ٢٠٠٨/٤/٢١ فيما يخص صلاحية التشريع لمجالس المحافظات اذ انها في القرار الاول قررت بعدم وجود صلاحية تشريعية لمجالس المحافظات ومن ثم في قرارها الثاني اعطت هذه الصلاحية لمجلس المحافظات.

(١) عام ١٩٣٢ في قضية بيرنت ضد شركة كورنادو للزيت .

Burnet V. Colorado oil Gasco. 285 US 393 (1932)

نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٣٢ .

الفصل الثالث
قيود العدول في احكام القضاء الدستوري

لما كان المقصود بالعدول في احكام القضاء الدستوري هو عدم تبني الحكم السابق في القضية الحالية مع اشتراكها بالحيثيات والاسباب نفسها ، واذ ان التطور الحاصل على الصعيد السياسي والاقتصادي والاجتماعي في المجتمع يؤدي الى ان ما كان مناسبا بالأمس قد لا يكون مناسبا في الوقت الحالي، وبسبب بطيء التشريعات في مواكبة التطور فان من واجب القضاء ان يواكب التطور في قراراته من دون الخروج على الدستور، الا ان ذلك لا يكون بصورة مطلقة فهناك ما يعيق او يحد من سلطة القضاء في العدول عن احكامه الا وهو المبادئ العليا للدستور ومبدأ سمو الدستور وتأثير العدول على الامن القانوني والاستقرار في الحياة العامة، لذا فان هناك عدد من القيود التي تحد من العدول في احكام القضاء الدستوري او تعوقه، وسنتناول ذلك بالتفصيل في المبحثين الآتيين:-

المبحث الاول: القيود العامة على العدول في احكام القضاء الدستوري

المبحث الثاني: اثار العدول كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري

المبحث الاول

القيود العامة على العدول في احكام القضاء الدستوري

العدول في احكام القضاء الدستوري لا يكون بصورة مطلقة دون ان توجد له بعض القيود التي تحد منه، فهناك المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية ومبدأ سمو الدستور كلها قيود تحد من حرية القاضي الدستوري في العدول، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول: المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري

المطلب الثاني: سمو الدستور كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري.

المطلب الاول
المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري

من القيود على العدول في احكام القضاء الدستوري وجود فكرة مبادئ عليا دستورية او فوق الدستورية من غير الممكن المساس بها او تجاهلها والا عد الحكم معيبا او خاطئا، وتتعرض المحكمة الدستورية تبعا لذلك لانتقادات شديدة، وقد تنعت بحكومة القضاة كما حصل في الولايات المتحدة الامريكية، والمبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية اختلف الفقهاء فيها من حيث وجودها وتأثيرها وقيمتها القانونية، وهذا ما سوف نتناوله في المطالب الاتية:-

المطلب الاول: مفهوم المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية.

المطلب الثاني: الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة لوجود مبادئ عليا دستورية او فوق الدستورية.

الفرع الاول
مفهوم المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية

تعرف المبادئ العامة للقانون[١] بشكل عام بأنها " مبادئ غير مشرعة يستنبطها القضاء من المقومات الاساسية للمجتمع وقواعد التنظيم في الدولة ويقررها في احكامه بعدها قواعد قانونية ملزمة، وعلى هذا الاساس تعد هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها وتعد الاعمال الصادرة عنها بالمخالفة لاحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ " المشروعية "[٢].

من التعريف السابق يمكن القول بان المبادئ العامة للقانون تستنبط من مقومات المجتمع الاساسية والتشريعات والدساتير ومقدمات الدساتير واعلانات حقوق الانسان، اذا هي تستنبط روح القوانين وضمير الجماعة.

وعرفت المبادئ القانونية العامة ايضاً بأنها " مجموعة القواعد القانونية التي يستنبطها القضاء من المبادئ العامة التي تحكم المجتمع في بلد معين وفي زمن معين ويقرها في احكامه فتكتسب قوة الزامية ومن ثم يتعين الالتزام بها وعدم الخروج عليها"[٣].

يرجع الفضل في استنباط المبادئ القانونية العامة الى مجلس الدولة الفرنسي[٤] اذ بدأ يكشف عن تلك المبادئ ويعلن عنها في احكامه العديدة، ومع ذلك لم يشر الى

---

(١) المبدأ القانوني: هي القواعد التي يضعها المشرع وتنطبق على جميع الحالات (قواعد عامة مجردة) وتتمتع بالثبات النسبي ومصدرها القانون.

المبدأ القضائي: ما ابتدعه القضاء من حل ازاء موضوع معين ولم يوجد بشأنه نص في القانون اذا ما توافرت فيه شروط المبادئ بوجه عام ينظر في ذلك :

muqtafi2. birzeit. Edu/

(٢) د. سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية، دار المعارف: الاسكندرية ١٩٨٦، ص ٩١ .

(٣) د. اشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، المصدر السابق، ص ٣٨ .

(٤) ان انهيار النظم والمبادئ الدستورية التي كانت قائمة قبل الغزو الالماني وبسبب هذه الحالة التي تعيشها فرنسا تصدى المجلس الدستوري للدفاع عن حقوق الافراد وحرياتهم فقد كانت مهددة في ذلك الحين ونتيجة لذلك ظهرت نظرية جديدة هي نظرية المبادئ القانونية العامة واصبحت مصدراً للشرعية ولم يغير ذلك مجلس الدولة حتى بعد عودة الحياة الدستورية

عدها مصدرا للشرعية مثل القانون المكتوب، ولكن ذلك الامر يستفاد بصورة ضمنية من مسلك المجلس في قضائه، والقضاء حينما يقرر هذه المبادئ فهو يكشف عنها لا يخلقها ويسبغ عليها الصفة الالزامية لأنه ليس من اختصاص القضاء عمل يدخل في اختصاص المشرع لان ذلك يعد خرقاً لمبدأ الفصل بين السلطات[١] ، وانشئت هذه النظرية بغية المحافظة على حقوق الافراد وحرياتهم ضد تدخل الادارة عندما تعجز النصوص الوضعية عن حمايتهم [٢].

"اما بعد دخول دستور ١٩٥٨ (الفرنسي) حيز التطبيق وتغير طبيعة العلاقة بين القانون واللائحة وظهور اللوائح المستقلة التي تصدرها الادارة دون الاستناد الى قانون سابق وبالتالي عدم قدرة المبادئ العامة للقانون على فرض احترامها على تلك اللوائح لوحة مرتبتها الذي لم يعد ملزماً لتلك اللوائح.. وللخروج من هذا المأزق اتجه مجلس الدولة الفرنسي الى الاعتراف للمبادئ العامة للقانون بالقيمة الدستورية.."[٣].

هناك رأي فقهي [٤] يرى بأن المبادئ العامة للقانون يمكن أن تسقط في اي لحظة امام نص قانوني صريح يقره المشرع وفق صلاحياته الممنوحة له بموجب الدستور مستبعد من خلاله اجتهاد القاضي الاداري الذي من خلاله ابطل مفعول المرسوم او القرار الاداري استناداً الى المبادئ العامة للقانون بينما نجد أن المشرع العادي لا يستطيع ان يتخطى المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية التي اقرها اجتهاد القاضي الدستوري، ووجه الشبه بينها وبين المبادئ العامة للقانون أن القاضي الاداري ايضا يستنبطها من الوثائق الدستورية.

لفرنسا واستقرار الاوضاع فيها على اثر صدور دستور الجمهورية في ٢٧/اكتوبر/١٩٤٦. أنظر د. اشرف اللمساوي، المصدر السابق، ص ٣٩، عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، دار الجامعة الجديدة: الاسكندرية، ٢٠١٠، ص ٤٦٨.

(١) اشرف اللمساوي، مصدر سابق، ص ٣٨.عبد المجيد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٤٧٠.

(٢) عبد المجيد ابراهيم، مصدر سابق ، ص ٤٧٦ .

(٣) عبد المجيد ابراهيم ، السلطة التقديرية للمشرع ، مصدر سابق، ص ٤٧٨.

(٤) د. امين عاطف صليبا، دور القضاء في ارساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب: لبنان، ٢٠٠٢، ص ٢٥٠.

لما كان القاضي مجبر على الفصل في موضوع الدعوى مهما كانت وان لم يرد نص في القانون او في الدستور يعالج هذه الحالة، وبما ان نصوص الدستور متناهية ومحدودة والحالات التي ينظر فيها القضاء غير متناهية ومتنوعة وبما ان من الصعب ان يحيط الدستور أو القانون بهذه الحالات وبما أن القاضي سواء اكان قاض عادي أم دستوري ملزم بالفصل في الدعوى والا أتهم بنكران العدالة، لذلك كان المجال مفتوحاً امام القاضي لإقرار مبادئ عامة للقانون.

والقضاء الدستوري استنبط العديد من المبادئ العامة ذات القيمة الدستورية، وذلك من خلال تفسيره لنصوص الدستور، التفسير الواسع، الذي يتعدى نطاق العبارات القانونية الى فهم مكنونات النصوص الدستورية.

وفي الولايات المتحدة الامريكية ثم استنباط العديد من المبادئ من قبل المحكمة العليا الامريكية عبر التقريب من النصوص او تفسير نصوص الدستور، على الرغم من ان الدستور الامريكي لم ينص صراحة على تلك المبادئ منها (مبدأ الموازنة بين السلطات ومبدأ حيادية القضاء)[1].

اما في مصر نجد ان المحكمة الدستورية العليا في قراراتها[2]، تبنت نهج توسيع الرقابة على دستورية القوانين التي تشمل فضلا عن مطابقتها لنصوص الدستور يشترط ايضا مطابقتها للمبادئ الدستورية العليا[3] وقد استنبط مبدأ عدم جواز معاقبة

(1) Aharon Brak, Purposive inter Pretation in law, Prin ceton University Press, 2005 ,Page5 .

نقلا عن د. حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٦٠ .

(٢) قضية رقم ٥٧ لسنة ٤ ق " دستورية " الجريدة الرسمية ٧ في ١٩٩٣/٢/١٨ ص ٣٢٧، نقلا عن د. زكي محمد النجار، فكرة الغلط البين في القضاء الدستوري، القاهرة : دار النهضة العربية، ١٩٩٧، ص ١٦٤.

(٣) زكي محمد النجار، مصدر سابق، ص ١٧٦.

الشخص مرتين عن الفعل نفسه [١] وكذلك مبدأ عدم رجعية القوانين الجنائية الاصلح للمتهم [٢]، اما في العراق فقد استنبطت مبدأ الغنم بالغرم[٣].

أما المبادئ فوق الدستورية فهي ايضاً مبادئ غير مكتوبة في الدستور وتلتزم بها كل السلطات في الدولة بما فيها السلطة التي تضع الدستور (السلطة المؤسسة) فلا تعدل من قبل السلطتين (المؤسَسَة والمؤسسَة) الثابتة التي تعدل الدستور[٤]، وتختلف قوة الزام (المبادئ العليا للدستور– المبادئ القانونية العامة – عن المبادئ فوق الدستورية بقوة الالزام) فالأولى قيمتها مساوية لقيمة النصوص الدستورية وهي مستمدة من الفكرة القانونية السائدة في الدستور أو روح الدستور وتستمد من تقريب النصوص ومن تفسير النصوص فهي تستمد من الدستور المصدر والقوة الملزمة، فالمبادئ ذات القيمة الدستورية وجدت ليحمي القاضي الدستوري من خلالها ما يعرف بالحقوق الاساسية للإنسان، وهي شاملة لكل ما له علاقة بالإنسان كقيمة جوهرية[٥].

المبادئ فوق الدستورية وجدت قبل ان توجد الدولة وهو من خلق النظام الاجتماعي وليس وليد ارادة المشرع[٦].

وفي اطار الاعتراف بالقيمة الدستورية للمبادئ العامة للقانون جاء في احد احكام المحكمة الدستورية العليا في مصر انه " لا يجوز تفسير النصوص الدستورية بعدها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والاصرار عليها تم فرضها بآلية عمياء الا حرثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم اعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن.. فالدستور وثيقة تقدمية لا تصد عن التقدم اثاره الرحبة، فلا

---

(١) حكم المحكمة رقم ١٤ لسنة ١٦ في ١٩٩٦/٦/١٥ د. محمد ماهر العينين، موسوعة القضاء الدستوري المصري ، مصدر سابق .ص ٨٤.

(٢) قضيته رقم ٤٨ لسنة ١٧ في ١٩٩٧/٢/٢٢، أنظر الموقع:

http: //www1-umn-edu/

(٣) قرار المحكمة الاتحادية العليا في العراق رقم ٣٥ /اتحادية/٢٦٨ في ٢٠٠٩/١/١٢.

(٤) حسين جبر، مصدر سابق، ص ١٦٣ .

(٥) امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .

(٦) حسين جبر ، مصدر سابق ، ص ١٦٣

يكون نسيجها الا تناغماً مع روح، العصر وما يكون كافلاً للتقدم في مرحلة بذاتها يكون حرياً بالاتباع بما لا يناقض احكاماً تضمنها الدستور"[١].

الفرع الثاني
الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة لوجود مبادئ عليا دستورية او فوق الدستورية

نرى ان فكرة المبادئ العليا الدستورية التي يكون مصدرها الدستور او التشريع او اعلانات حقوق الانسان أو مقدمات الدساتير والمستنبطة منها عن طريق نص او مجموعة النصوص او التفسير، فهذا لا شك ينفي وجود معارضة لهذه الفكرة لأنها اصلاً مستمدة من روح الدستور [٢] وهذه وجدت لكي يحمي القاضي الدستوري من خلالها ما يعرف بالحقوق الاساسية للانسان[٣] .

أما بالنسبة لفكرة المبادئ غير المكتوبة – فوق الدستورية – فان ما يثير الاشكال حولها أنها غير مكتوبة كما أنها غير مستمدة من التشريع ووجودها سابق على وجود الدولة او الدستور[٤] لذلك سنتناول في هذا الفرع الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة لفكرة وجود مثل هذه المبادئ:

---

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٧ لسنة ١٦ قضائية دستورية بتاريخ ١٩٩٧/٢/١ نقلاً عن د. عبد المجيد ابراهيم سليم، مصدر سابق ، ص ٤٨١ .

(٢) د. عبد المجيد ابراهيم ، مصدر سابق ، ص ٦٢ .

(٣) د. امين عاطف صليبا ، مصدر سابق ، ص ٢٥١ .

(٤) يمكن رد دور القاضي في اقرار المبادئ الدستورية لسببين:

١. طبيعة القواعد الدستورية التي تصاغ غالباً في صورة احكام عامة تنظم امور كلية وتحتاج الى من يبين معناها .

٢. عدم كفاية النصوص الدستورية التي يمكن القياس عليها لبيان مدى دستورية التشريعات ينظر: د. عبد المجيد ابراهيم سليم، مصدر سابق، ص ٦٣ .

الاتجاه الاول: الاتجاه المؤيد لوجود مبادئ عليا فوق الدستورية موجودة قبل وجود الدولة وملزمة لها:-

يعد (ديجي) من اشد المؤيدين لفكرة وجود قانون اعلى وجد قبل الدولة وان كل تشريعات الدولة ينبغي ان تخضع لهذا القانون الاعلى الذي هو من خلق النظام الاجتماعي وليس وليد ارادة المشرع(١).

وهذه المبادئ غير المكتوبة تلزم الدولة بالقوة نفسها التي كانت ستلزمها لو أنها أعلنت بطريقة رسمية وهي ليست وليدة القانون الطبيعي الذي يستند الى ارادة عليا فوق المجتمع اذ تقوم على اساس التضامن الاجتماعي وقاعدته الواقعية المتطورة وليست مثالية مطلقة (٢)

واما عن مصادر المبادئ الدستورية غير المكتوبة فاي مبدأ من هذه المبادئ يجب ان تجتمع فيه خصيصتان: شعور جمهور الناس بأن هذا المبدأ قد اصبح قيامه ضرورياً للاحتفاظ بالتضامن الاجتماعي ثم الشعور بأن هذا المبدأ حق وعدل وعنده ان هذه المبادئ لا تستخلص من نصوص الدستور مفرده او بمجملها(٣).

اما (هوريو) فيرى ان هناك مبادئ متعددة اساسية تعلو الدستور مقاماً وهي في غير حاجة لان ينص عليها في الدستور وهي من المبادئ المسيطرة على القانون الفرنسي فهي منطوية في الدستور ضمناً، فهي تكون اما منصوص عليها في اعلانات حقوق الانسان الصادرة في عهد الثورة الفرنسية أو ان تكون موجودة ضمن دساتير سابقة بحيث لا يعد اغفال الدستور الحالي لها اعراضاً عنها وإنما استناداً الى أنها اصبحت من اساس القانون العام الفرنسي بحيث اضحت في غنى عن النص عليها في

---

(١) ديجي، المطول، ج٢، ط١١ ، ص ٤٤٧-٤٤٨ نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين، الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، مصدر سابق ، ص ٤٢٣ .ونقلا عن د. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٥ ، ص ٥٧ وما بعدها . ونقلا عن د. عبد الرزاق السنهوري ، مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مجلة القضاء ، سنة ١٩ ، العدد الاول ، ١٩٨٦ ، ص ٣٠١ .

(٢) ديجي، المصدر السابق، ج ١، ص ٧٢، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص ٤٢٥

(٣) عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، مصدر سابق ، ص ١١٩ .

الدستور لأنها اصبحت اعلى من الدستور، مثالها مبدأ الحريات الفردية كمبدأ المساواة امام الضرائب ومبدأ الفصل بين السلطة القضائية والهيئات الادارية وهذه المبادئ لم ينص عليها في الدستور[١].

الاتجاه الثاني: الاتجاه المعارض لوجود المبادئ العليا فوق الدستورية.

ومن بين المعارضين لفكرة المبادئ العليا فوق الدستورية السنهوري، الذي قصر في استخلاص هذه المبادئ من القانون المكتوب اي على نصوص الدستور خشية ما يصيب التشريع من التقليل والاضطراب نتيجة كون هذه المبادئ غير مكتوبة تختلف فيها الانظار وتتباين عندها المذاهب – فهناك اختلاف بين رأي ديجي والسنهوري، فالأخير يجد ان هذه المبادئ غير مستقرة ومن المفترض ان يتم استخلاص هذه المبادئ من روح الدستور وان يتم بيسر ووضوح بحيث لا يكون مجالاً للجدل[٢]، والملاحظ أن السنهوري لا يتفق مع ديجي حول وجود المبادئ العليا فوق الدستورية، أما د. السنهوري فقد ساوى بين المبادئ الدستورية المنصوص عليها في صلب الدستور والمبادئ غير المنصوص عليها والمبادئ فوق الدستورية.

اما (د. السيد باز) فقد انتقد موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية لأنها لم تلتزم حدود الدستور بل تجاوزته الى ما يسمى بالمبادئ فوق الدستورية، اذ يرى قضاة المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية ان القاضي يحمل المشرع على احترام ما وراء الاجراءات المقررة في الدستور وهي المبادئ العليا التي تهدف النصوص والاجراءات الواردة في الدستور الى اقامتها وتنفيذها[٣]، وخطورة استجلاء هذه المبادئ ان القضاة هم الذين يحددون تلك المبادئ وفقاً لتصوراتهم وبذلك

---

(١) هوريو Precis de D.R– Constitutionnel 1923 p29 & 318

نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين، المصدر السابق، ص ٤٢٥ و٤٢٦ .

(٢) السنهوري، مقالة بعنوان مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية ، مصدر سابق ، ص ٣٠١ وما بعدها .

(٣) جاك لامبير، التاريخ الدستوري للاتحاد الامريكي، ١٩٣٧، ج٤، ص٢٦٨، نقلاً عن د. محمد ماهر ابو العينين، مصدر سابق، ص ٤٢٨ .

يصبح القضاة هم المشرعون وتنشأ بذلك حكومة القضاء[١]، فان القضاة اذا ما حاولوا استنباط تلك المبادئ فانهم يفتحون امامهم باب التقديرات الشخصية والنزاعات الخاصة السياسية وسينتهي الامر الى احلال الرأي السياسي للقاضي مكان الرأي السياسي للمشرع، أي ان الامر سينتهي الى اعتداء من جانب السلطة القضائية على السلطة التشريعية اي انتهاك لحرمة مبدأ سيادة الامة ومبدأ الفصل بين السلطات[٢].

والقاضي الدستوري عند تطبيقه لهذه المبادئ فهو لا يخرج عن نص الدستور او يهمل النصوص الدستورية ليطبق المبدأ الدستوري لكنه يعمل على الاستعانة بهذه المبادئ لفهم احكام الدستور وتفسيرها وتطبيقها، لذا فان القاضي الدستوري عند تفسيره لنصوص الدستور قد يستفيد من هذه المبادئ ولا يمكن الزام القاضي الدستوري من سلوك هذا المسلك او منعه من الالتجاء الى هذه المبادئ الا للتذكير بأهمية التقييد الذاتي كمظهر لاحترام مبدأ الفصل بين السلطات والتزام الحدود الطبيعية للوظيفة القضائية[٣].

ويرى اخر[٤] ان كل المبادئ المستنبطة (سواء اكانت من داخل الدستور ام خارجه) ستمتزج بالآخر في نهاية الامر. هذا فضلا عن ان الفكرة السائدة في الدستور هي من توجه القاضي الدستوري نحو المبادئ التي يستنبطها.

وفكرة المبادئ العليا الدستورية تؤثر على العدول في احكام القضاء الدستوري، فلما كانت فكرة المبادئ العليا الدستورية مستمدة اصلاً من الدستور من خلال التفسير او (من تقريب النصوص) وسيلة من وسائل التفسير الداخلية او من خلال الفكرة القانونية السائدة في الدستور (روح الدستور)، فهذا يعني أن المبادئ العليا الدستورية

---

(١) د.علي السيد الباز، الرقابة على دستورية القوانين في مصر، الاسكندرية : دار الجامعات المصرية ، ١٩٧٨ ، ص ٥٨٣

(٢) د. عبد الحميد متولي، مقالة مبدأ المشروعية ومشكلة المبادئ العليا غير المدونة في الدستور، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد الصادر من جامعة الاسكندرية، السنة الثانية ١٩٥٨-١٩٥٩ العددان الثالث والرابع، ص ٧٢-٧٨ ، نقلاً عن محمد ماهر ابو العينين ، مصدر سابق، ص ٤٣٠.

(٣) د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين، مصدر سابق ،ص ٦٠٠-٦٠١،

(٤) د. محمد ماهر ابو العينين ، المصدر السابق ، ص ٤٣٤ .

مستمدة من الدستور وبالتالي تكون لها القوة الملزمة نفسها للنصوص الدستورية وبما أن النصوص الدستورية لا يوجد تدرج بين نصوصها لا من حيث الشكل ولا من حيث الموضوع، والقول بوجود مبادئ عليا دستورية ما هو الا ترديد لمفاهيم دستورية او نصوص دستورية وردت في الدستور سواء اكانت بصورة مباشرة ام غير مباشرة والقول بوجود هذه المبادئ سيؤدي الى وجود ما يسمى بحكومة القضاة، وكذلك القول بأن هناك مبادئ فوق الدستورية أي مبادئ موجودة قبل وجود الدولة وملزمة لكل السلطات ولا يمكن أن تمس لا من قبل السلطة (المؤسَسَة والمؤسسَة) وبالتالي لا يمكن أن يمسها القاضي الدستوري من باب اولى [١].

ولما كان العدول في احكام القضاء الدستوري يرد على احكام القضاء في الفقه اللاتيني والانكلوسكسوني اي في الدول التي تتبنى نظام السوابق القضائية والدول التي لا تتبنى هذا النظام، وذكرنا سابقاً مدى التقارب بينها ، وبما أن المبادئ الدستورية نعتقد أنها لا تكون الا من صلب الدستور سواء اكانت بصورة مباشرة أم غير مباشرة بإمكانية العدول عنها اذا ما ادى العدول الى المحافظة على الحقوق والحريات الاساسية للأفراد ولم يوجد تعارض مع نصوص الدستور المكتوبة والى من ذلك من شروط العدول المذكورة سابقاً.

كما نعتقد ان المبادئ العليا للدستور اذا ما كانت نتاج للتفسير الواسع لنصوص الدستور وهي مستمدة من تحليل النص كما انها غير مدونة في الدستور فيكون حكمها حكم الحكم القضائي الدستوري يمكن العدول عنه.

المطلب الثاني
سمو الدستور كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري

يعرف الدستور بأنه مجموعة القواعد القانونية التي تنظم ممارسة السلطات وتكوينها وتكفل الحقوق والحريات وتعمل على ايجاد قدر من التضامن او الانسجام بين ممارسة السلطة والتمتع بالحقوق والحريات[٢].

(١) د. ماهر ابو العينين ،الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ، مصدر سابق ، ص ٤٣٤ وما بعدها

(٢) د. عدنان عاجل، القانون الدستوري (النظرية العامة والنظام الدستوري في العراق)، ط٢، ٢٠١٣، ص ٧.

ومبدأ سمو الدستور من المبادئ التي نصت عليها معظم الدساتير واجمع عليها الفقه الدستوري[١] ومبدأ سمو الدستور يرتبط بمبدأين اساسيين هما سيادة القانون ومبدأ المشروعية، ومن هنا ظهر مبدأ سمو الدستور بشقيه الشكلي والموضوعي، فالسمو الشكلي يكون باشتراط اجراءات معقدة لتعديل نصوص الدستور على ذلك لا يمكن الحديث عن السمو الشكلي الا في ظل الدساتير المدونة الجامدة فان الدساتير غير المدونة المرنة لا تتمتع الا بالسمو الموضوعي[٢]، أما السمو الموضوعي[٣]، فهو ذا طابع سياسي وليس قانوني، فالدستور يسمو على القوانين الاخرى بحكم الموضوعات التي ينظمها فهو يحدد السلطات وينظم العلاقة بينها ويحدد اختصاصاتها وينظم شكل الدولة، فالدستور يحدد الفكرة القانونية السائدة، اما النتائج المترتبة على سمو الدستور الموضوعي فهي تأكيد مبدأ المشروعية، وكذلك عدم جواز التفويض في الاختصاص الا اذا اجاز الدستور ذلك صراحة[٤].

لذلك سنبحث موضوع سمو الدستور كقيد يرد على العدول في احكام القضاء الدستوري ضمن فرعين:-

الفرع الاول: تأثير السمو الشكلي للدستور على فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري.

---

(١) د. حميد حنون خالد، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، مصدر سابق، ص ١٥١. نص دستور الولايات المتحدة على السمو في المادة السادسة منه ، ودستور مصر في المادة ٩٤ منه والعراق في المادة ١٣ في دستور ٢٠٠٥ النافذ .

(٢) د. علي يوسف الشكري، مبادي القانون الدستوري، مصدر سابق، ص ٣٠٨، د. حميد ابراهيم، مصدر سابق، ص ٧٦، امين عاطف، مصدر سابق ، ص ٨١ .

(٣) هذا النوع من السمو متحقق في جميع انواع الدساتير وذلك لان مضمون القواعد الدستورية يفرض علوها الموضوعي ينظر: د. حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدة، مصدر سابق، ص ٧٦، امين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ٧٧ .

(٤) حميد حنون، المصدر السابق، ص ١٥٤ ، احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، مصدر سابق، ص ٢٩، عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، مصدر سابق، ص ٢١، د. عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ٧٩، د. عبير حسين السيد، مصدر سابق، ص ٢٦.

الفرع الثاني: تأثير السمو الموضوعي للدستور على فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري.

الفرع الاول
تأثير السمو الشكلي للدستور على فكرة العدول
في احكام القضاء الدستوري

يظهر السمو الشكلي للدستور في الدساتير الجامدة، غير المرنة او العرفية، فالأخيرة لا يمكن تعديلها الا وفق شروط معقدة، من هنا يظهر السمو الشكلي محققا السمو القانوني ذا الطابع الملزم وهو يسري على جميع القواعد القانونية التي يحويها الدستور بصرف النظر عن موضوعها اي السمو الشكلي يمتد الى هذه القواعد الدستورية شكلا لا موضوعا، ومن اهم نتائج هذا السمو انه لا يمكن للسلطة التشريعية سن قواعد قانونية تخالف الدستور[١]

يتم الحفاظ على السمو الشكلي للدستور من خلال الاخذ بالرقابة على دستورية القوانين[٢]، فعلى المشرع العادي ان لا يصدر قانوناً يخالف احكام الدستور والا قضي ببطلان هذا القانون بسبب عدم دستوريته من قبل القضاء المختص، وكذلك بالنسبة للقاضي الدستوري فأحكامه ينبغي ان تكون موافقة لأحكام الدستور ومستندة اليها، فلا يمكن للقاضي الدستوري ان يصدر احكاماً تخالف ما نص عليه في الدستور والا كانت احكامه غير صحيحة.

يمكن للقاضي الدستوري العدول عن احكامه السابقة اذا لم يمس هذا العدول او يخالف النصوص الدستورية بما أن الدستور لم ينص صراحة على ما يمنع القضاء الدستوري من العدول عن احكامه السابقة.

وعلى العكس من ذلك هناك بعض القوانين تنص صراحة على العدول في احكام القضاء الدستوري كالقانون الاسباني والبلجيكي [٣].

---

(١) امين عاطف، مصدر سابق ، ص ٨٠ .

(٢) د. حميد حنون، مصدر سابق، ص ١٥٤ ينظر ايضاً د. حميد حنون، المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، مجلة العلوم القانونية، مصدر سابق، ص ٥٢.

(٣) لمزيد من التفصيل راجع عبد الحفيظ علي الشيمي ، مصدر سابق ، ص ٦٠ وما بعدها

اما بالنسبة لما تنص عليه الدساتير والقوانين من الحجية المطلقة لاحكام القضاء الدستوري (السابقة الذكر) فهي لها حجية باتة وملزمة على السلطات كافة من ناحية تنفيذ الحكم القضائي وليس لاعتبار الحكم كسابقة قضائية دستورية (كقاعدة قانونية) كما في الانظمة الانكلوسكسونية.

ونرى ان القضاء ليس ملزما بسوابقه القضائية في الانظمة اللاتينية كما ان مبدأ الزام السوابق القضائية مبدأ مرن في الانظمة الانكلوسكسونية ، وهذا ما يفرضه ضرورة مواكبة احكام القضاء الدستوري للتطور الحاصل في المجتمع.

الفرع الثاني
تأثير السمو الموضوعي للدستور على فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري

يتحقق السمو الموضوعي للدستور في كافة الدساتير سواء اكانت دساتير مكتوبة ام عرفية ام جامدة ام مرنة، لان هذا النوع من السمو يظهر في مضمون القاعدة الدستورية والاخيرة هي العمود الفقري للنشاط القانوني، وهي مصدر لشرعية عمل السلطات في الدولة، فالقاعدة الدستورية ترسم الاطار القانوني للدولة وهو ملزم للحكام، لأنه يحدد السلطات في الدولة وصلاحياتها[١] .

يترتب على السمو الموضوعي للدستور نتائج منها اتساع نطاق المشروعية[٢]. والمشروعية تعني خضوع الدولة بجميع سلطاتها (التشريعية والتنفيذية والقضائية) وبجميع مؤسساتها وتصرفاتها واعمالها للقانون (الدستور) مما يترتب عليه سيادة حكم القانون وخضوع الحكام والمحكومين له على السواء[٣].

---

(١) د. امين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ٧٧ .

(٢) د. عبير حسين السيد، مصدر سابق ، ص ٢٦ .

(٣) د. اشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، مصدر سابق، ص ١٠. د. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة= =العربية، ٢٠٠٠، ص ٢٧، د. ابراهيم درويش، القانون الدستوري (النظرية العامة والرقابة الدستورية، ط ٤، ٢٠٠٠ ، القاهرة : دار النهضة العربية ، ص ١٥٠ .

اما النتيجة الثانية فهي تحريم التفويض في الاختصاصات التي منحها الدستور للسلطات، فالدستور اذا ما حدد الصلاحيات فانه يحددها بشكل مطلق، ومثال ذلك ان صلاحية التشريع منوطة بمجلس النواب هي صلاحية المجلس المنعقد وفق شروط النصاب القانوني المنصوص عليها في الدستور وهذه الصلاحية لا تتجزأ على النواب ولا يمكن لأي منهم عدها حقا ذاتيا له، فالصلاحية التي يتصرف وفقها النائب هي صلاحية مفوضة اليه، فلا يمكن له ان يفوض غيره او يوكله لغيره.[١]

وبما أن الدستور هو القانون الاعلى في الدولة (قمة الهرم القانوني) وهو يشكل السلطات في الدولة ويوزع اختصاصاتها وصلاحياتها لذلك فهو الضمانة الاولى لخضوع الدولة للقانون[٢].

وذكرنا سابقاً أن أعمال القضاء يشوبها النقص والقصور لذا فقد يصدر حكم خاطئ او حكم لا يراعي تغير الزمان والظروف (الاقتصادية والاجتماعية والسياسية) أو قد يصدر حكم مخالف للدستور وبالتالي سيكون من الواجب عند رفع الدعوى من قبل اطراف اخرى وقد استبينت المحكمة الدستورية الخطأ الذي وقعت فيه في الحكم السابق ليس عليها ان تسير على هدى الاقدمين بل عليها ان تصحح وتعدل عن حكمها السابق، فإذا ما اصدرت المحكمة حكماً بدستورية قانون ما وهو مخالف للدستور او جزء منه مخالف للدستور فعند رفع الدعوى مجدداً من قبل اطراف اخرى عليها اصدار الحكم بعدم الدستورية فهذا يعزز من مبدأ المشروعية الدستورية.

والحكم بعدم دستورية قانون معين يلغي هذا القانون غير الدستوري، وكذلك الحال اذا ما كان العدول يزيد أو يؤكد على الحقوق والحريات الاساسية للأفراد.

---

(١) د. امين عاطف صليبا، مصدر سابق، ص ٧٧ .

(٢) د. اشرف اللمساوي، المصدر السابق، ص ١٤، هامش ٩ .

المبحث الثاني
آثار العدول كقيد على العدول في أحكام القضاء الدستوري

لما كان العدول ينصب على الحكم القضائي الدستوري، سواء اكان ما شكل منه سابقة قضائية ام لا، فاذا ما صدر الحكم القضائي الدستوري ترتبت عليه اثار وهذه الاثار هي: حجية الشيء المقضي به، وان يصبح له قوة تنفيذية، فضلا عن انه سيكون ملزم لجميع السلطات، اما اذا صدر حكم قضائي دستوري في موضوع الدعوى نفسها ومخالف للحكم السابق، سيحوز ايضا على حجية الشيء المقضي به واصبح له قوة تنفيذية وهو ملزم لجميع السلطات ايضا(١).

فالحكم القضائي الدستوري يقطع الخصومة، ويصدر بها حكم او حل دستوري ويمنع من نظرها مرة اخرى، لذلك فهو يؤدي الى استقرار المعاملات، لكن قد ترفع دعوى جديدة بموضوع الدعوى نفسها مع تغير اشخاصها او اطرافها وتصدر المحكمة حكما او حلا مغايرا للحكم السابق على الرغم من ان اسبابها وحيثياتها مشابهة للحكم السابق اي تعدل عن حكمها السابق، فهذا سيؤثر على الاستقرار القانوني والامن القانوني في المجتمع. لذلك سيقسم هذا المبحث على مطلبين وكالاتي:

المطلب الاول: العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على فكرة الامن القانوني

المطلب الثاني: العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على الاستقرار القانوني

المطلب الاول
العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على فكرة الامن القانوني

الامن القانوني من اكثر المفاهيم تداولا في المجالين القانوني والقضائي لاسيما عندما يتعلق الامر بتقييد نظام قانوني او قضائي معين او عند نقد مسار وضع القاعدة القانونية سواء اكان من طرف المشرع ام من قبل القضاء(٢).

وتعد فكرة الامن القانوني من الغايات الاسمى التي يسعى القانون الى تحقيقها، وتستند فكرة الامن القانوني الى ضمان حد ادنى من الثبات والاستقرار للعلاقات

---

(١) سبق ان تناولنا موضوع الحجية في المبحث التمهيدي

(٢) محمد منير الحسني، اليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الامن القانوني، منشور على الموقع:
Manifest.univ.ouargla.dz/

القانونية سواء اكان في أطار العلاقات بين الافراد فيما بينهم ام فيما بينهم وبين الدولة، وضمان الحد الادنى من الثبات والاستقرار يعني ان السلطات العامة عليها عند اصدارها القواعد القانونية التي تمس مصالح الافراد (المنظمة لعلاقاتهم او الماسة بمراكزهم القانونية) عليها أن لا تصدرها بطريقة مباغته أو مفاجئة[١].

وفكرة الامن القانوني تتضمن تطبيقات متعددة، اهمها وضوح القواعد القانونية وضرورة علم المخاطبين بها بيسر وسهولة وضمان الثبات النسبي لهذه القواعد واستقرار المراكز القانونية للأفراد، لذلك على كل سلطة من السلطات العمل على تحقيق الامن القانوني كل بحسب اختصاصه.

ويعد الامن القانوني احد اهم مقومات الدولة القانونية[٢] القائمة على سيادة القانون، فكما ان القانون هو الوسيلة المتحكمة في خلق المراكز القانونية وتحديثها والغائها[٣]، لذلك القضاء كما القانون يؤثر في الامن القانوني باعتبار ان " الاجتهاد القضائي ليس سوى تأويل للقاعدة القانونية المكتوبة، وهو يدخل في باب ابتكار القاضي للقاعدة القانونية، والهدف منه توضيح غامض وتفصيل مجمل وتقييد مطلق،

---

(١) د. يسرى محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في القضاء الدستوري، دار النهضة العربية: القاهرة، ص ٢٤٣ .

(٢) دولة القانون تعني "ان جميع الاشخاص في الدولة الطبيعية منها والاعتبارية الخاصة والعامة والافراد والهيئات ملزمة بالامتثال لأحكام القانون من ناحية وان هذه الاشخاص من ناحية اخرى تملك تحت يدها سلاحا قانونيا لحماية تلك الاحكام كلما تعرضت للنقض او المخالفة " د. ثروت بدوي، الدولة القانونية ، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد الثالث، السنة الثالثة، ١٩٥٩، ص ٢٨. وايضا هي= =الدولة التي يسودها حكم القانون في تنظيم جوانب الحياة العامة كافة بان يخضع له الحكام والمحكومون على حد سواء مما يسهم في بناء النظام المؤسسي في التنظيم الاداري للسلطة التنفيذية وخلق مقومات النظام الديمقراطي في مجال ممارسة السلطة العامة لوظائفها المحددة بموجب الدستور وهي لابد ان يكون لها سياسة تشريعية محددة محكومة بمبادئ الدستور وهي تجعل من القانون الاداة التي تستخدم لتحقيق الاهداف التي تسعى السلطة السياسية لتحقيقها. ينظر في ذلك: د. رافد خلف و د. عثمان سلمان، التشريع بين الصناعة والصياغة، ط١، ٢٠٠٩، ص ٢٥.

(٣) عبد المجيد غميجة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي ، منشور على الموقع:

www.ism.ma/

واجتهاد القاضي ليس مستقرا فهو قابل للتحول وهذا يؤثر لا محالة على الحقوق المكتسبة وعلى الثقة المشروعة للمتقاضي، اذ بعد اطمئنانه لاجتهاد قضائي معين ثابت ومستقر تعامل معه مدة زمنية معينة ونظم دفاعه على ضوئه يتم التراجع فيه فجائياً وباثر رجعي"[١].

والقضاء الدستوري من السلطات التي تؤثر بشكل كبير في فكرة الامن القانوني، اذ ان احكامه المتعلقة بعدم دستورية نص قانوني مضى على تطبيقه مدة من الزمن بحيث رتب الافراد اوضاعهم عليه يقتضي الامر تنفيذه باثر رجعي تطبيقا لمبدأ المشروعية، لكن ليس الى الحد الذي يؤثر على مبدأ استقرار المراكز القانونية ومبدأ احترام الحقوق المكتسبة، ومن دون ان يؤدي ذلك الى غل يد القضاء الدستوري عن اداء مهامه في تحقيق الاصلاحات الدستورية التي تفرضها عليه طبيعة الوظيفة الملقاة على عاتقه، ان ما تقدم يلزم القضاء الدستوري بضرورة تحقيق الموازنة بين اعتبارين هما سلطته في الحكم بعدم دستورية النصوص القانونية وما يتضمنه من اثر رجعي من ناحية اخرى وحق الافراد في الركون الى قدر كاف من الثبات والاستقرار في المراكز القانونية واحترام حقوقهم المكتسبة من ناحية اخرى[٢]

ومن المبادئ والقواعد التي تتفرع من فكرة الامن القانوني:- (التقادم، عدم جواز المساس بحجية الامر المقضي التي تتمتع بها الاحكام القضائية، وجوب نشر قواعد القانون، عدم رجعية القانون، حماية الحقوق المكتسبة، ضرورة وضع ضوابط للأثر الرجعي لأحكام القضاء الدستوري التي تقرر عدم دستورية نص تشريعي او لائحي تم تطبيقه خلال فترة زمنية معينة)[٣].

---

(1) http://www.turess.com/

وكذلك ينظر: عبد المجيد غميجة، المصدر السابق، ص ١٩.

(٢) م. د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ١٨، ٢٠١٠، ص ٢٠١.

(٣) د. يسرى محمد العصار، المصدر السابق، ص ٢٤٤.

يصعب تعريف الامن القانوني، فهو من المبادئ المركبة، التي تتحد فيها مجموعة من المبادئ القانونية الاخرى، لأنه عنصر اساسي في الحماية التي تحققها سيادة القانون، وهو يخاطب جميع السلطات في الدولة، فبالنسبة الى السلطة التشريعية فان تحقيق اليقين القانوني من خلال وضوح القواعد القانونية ونطاق تطبيق القانون من حيث الزمان هو ما يفترضه الامن القانوني، وكذلك التزام الدولة بضمان العلم بالقانون لدى الافراد، وهذا العلم يعد ضروريا لممارسة الحقوق والحريات التي يحميها الدستور[١].

وعلى الرغم من استعمال مبدأ الامن القانوني بصوره واسعة الا انه قلما يتم الاهتمام بتعريف هذا المبدأ من قبل الفقه، لكنه غالبا ما يقدم كاطار عام لمجموعة كبيرة من المبادئ والحقوق المرتبطة به او كغاية محورية لكل نظام قانوني ومطلبا اساسيا لدولة القانون[٢]، فمثلا حاول الفقه قياس مبدأ الامن القانوني على الثقة المشروعة[٣]، غير ان الاخيرة هي اقرب للإنصاف منها الى الامن القانوني.

وكذلك حاول بعض الفقه تعريف الامن القانوني من خلال تقريب لفظة الامن منها، وان نسبة الامن الى القانون يوحي بان مصدر الخطر هو القانون، اي الخطر القادم من قاعدة قانونية[٤]، ويعرف الامان بانه " في الوقت نفسه حالة قانون وواقع بحيث تمكن الفرد من الا يكون تحت رحمة السلطات او افراد اخرين لا جسديا ولا نفسيا.. ويرى الفقه ان الامان يستغرق الامن القانوني و لا يختصره [٥]. ويرى احد

---

(١) احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص ٨٥ .

(٢) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق ، ص ٣ .

(٣) الثقة المشروعة:" انها كل وضعية في الواقع، ما لم يقرر خلاف ذلك، تقدر على ضوء قواعد القانون المطبق، وان يكون القانون واضحا ودقيقا حتى يمكن للفرد ان يعرف حقوقه وواجباته ويتخذ موقفه على ضوء ذلك". عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٥ .

(٤) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٦ .

(٥) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٦ هامش (١٦)

الفقهاء ان هذا التعريف يفيد انه لا يمكن القضاء تماما على الريبة وعدم الوثوق في تنفيذ القانون وان كل ما يمكن هو خفض ذلك بنسبة مقبولة بمقتضى قوانين جديدة [١]

وعرف الامن القانوني بانه " كل ضمانة وكل نظام قانوني للحماية، يهدف الى تأمين، دون مفاجآت حسن تنفيذ الالتزامات وتلافي او على الاقل الحد من عدم الوثوق في تطبيق القانون"[٢].

وعرفه اخر[٣] بانه "يعني في حقيقة الامر ان تكون القواعد القانونية مؤكدة ومحددة في تنظيمها للمراكز القانونية او تضمن تأمين النتائج ويعتمد عليها بان يتوقع مقدما نتائج تصرفاته من حيث ما له وما عليه، فالأمن القانوني يؤدي الى امكانية توقع الافراد لنتائج افعالهم سابقا ".

تعرف فكرة الامن القانوني بأنها الثبات النسبي للعلاقات القانونية وحد ادنى من الاستقرار للمراكز القانونية المختلفة الذي توجده وتلتزم به السلطات العامة ، بهدف اشاعة الامن والطمأنينة بين اطراف العلاقات القانونية العامة منها والخاصة بحيث تستطيع هذه ترتيب اوضاعها وفقاً للقواعد القانونية القائمة وقت مباشرتها لأعمالها من دون ان تتعرض لمفاجآت لم تكن بالحسبان صادرة عن احدى السلطات من شأنها هدّ ركن الاستقرار او زعزعة روح الثقة[٤].

ونحن من جهتنا نؤيد هذا التعريف ونعتقد انه من اكثر التعريفات التي احاطت بمبدأ الامن القانوني.

---

(١) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص٦.

(2) Cathy pomart , la magistrature familial : vers une consecration legale du nouveau visage de l office du juge de la famille .editions l harmattan , 2004, collection logiques juridiques p. 190 .

نقلا عن عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٦.

(٣) احمد ابراهيم حسن، غاية القانون، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠، ص ١٧٩.

(٤) د. يسرى محمد العصار، المصدر السابق، ص ٢٤٥ وايضاً د. يسرى محمد العصار الحماية الدستورية للامن القانوني، مجلة الدستورية، القاهرة، العدد ٣، السنة الاولى، يوليو ٢٠٠٣، ص ٥١، نقلاً عن د. عامر زغير محيسن، الموازنة بين فكرة الامن القانوني ومبدأ رجعية اثر الحكم بعدم الدستورية، ص ٢٠٢. د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي، مصدر سابق، ص ٨٤ .

وذهب بعض الفقه[١] الى ان الامن القانوني هو اساس لليقين القانوني، وذلك بقوله " تتطلب سيادة القانون التي تسمو في الدولة القانونية ان يتحقق الاستقرار في تطبيق القواعد القانونية فيما يتعلق باحترام الحقوق والحريات، فلا معنى لسيادة القانون مالم يتحقق الشعور بهذا الاستقرار لدى المخاطبين بالقانون، باعتبار ان تنظيم العلاقات القانونية من وظائف القانون، فاهتزاز الاستقرار في العلاقات القانونية يؤدي بالتبعية الى اهتزاز صورة القانون في اعين المخاطبين به ، ولهذا كان الامن القانوني احد العناصر الاساسية في الدولة القانونية، واذا كانت سيادة القانون ضمانا لحماية الحقوق والحريات، فان الامن القانوني يبدو احد العناصر الاساسية لهذه الحماية ويهدف الامن القانوني الى حماية النظام القانوني باسره، وتبعا لذلك فانه يهدف الى حماية الحقوق والحريات، مما يؤدي الى توفير الثقة المشروعة في القانون بعده مستندا الى سيادة الشعب في النظام الديمقراطي، ويقوم هذا الامن القانوني على عناصر متعددة ، تبدو اهمها في التوازن بين الحقوق والحريات التي يحميها القانون من خلال معيار التناسب بين مختلف القيم التي يحميها الدستور وفي اليقين القانوني الذي يتطلب الوضوح في النصوص، وهنا يتولد الشعور بمصداقية هذه النصوص لدى المخاطبين بها، سواء اكان من خلال وضوح معناها ام من خلال عدم رجعية تطبيقها، فبهذا اليقين تتولد الثقة في القانون ويعم الاستقرار "

اما قضاءً فقد عرفه مجلس الدولة الفرنسي بان " مبدأ الامن القانوني يقتضي ان يكون المواطنون، دون كبير عناء، في مستوى تحديد ما هو مباح وما هو ممنوع من طرف القانون المطبق، وللوصول الى هذه النتيجة يتعين ان تكون القواعد المقررة واضحة ومفهومة والا تخضع في الزمان الى تغييرات متكررة او غير متوقعة "[٢]

ولفكرة الامن القانوني اربع صور [٣]

(١) د. احمد فتحي سرور ، القانون الجنائي الدستوري، مصدر سابق، ص ٨٤ و ٨٥ .

(٢) نقلا عن عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٧ .

(٣) أنظر في ذلك : د. يسرى محمد العصار ، مصدر سابق ، ص ٢٤٩ وما بعدها .

د. عامر زغير محيسن ، مصدر سابق ، ص ٢٠٢ وما بعدها .

١. عدم رجعية القوانين:

يقصد بمبدأ عدم رجعية القوانين ان القواعد القانونية تسري اثارها بعد نفاذها وليس قبل ذلك، أي أن سريان القانون الجديد من حيث الزمان والمكان له وجهان وجه سلبي هو انعدام اثره الرجعي ووجه ايجابي هو اثره المباشر. وتنص اغلب الدساتير على هذا المبدأ[١]، وعلى الرغم من رسوخ هذه القاعدة الا أنها ليست مطلقة وترد عليها استثناءات اذا ما اقتضى الصالح العام ذلك، اذ نصت اغلب الدساتير على امكانية تطبيق القوانين بأثر رجعي بعد اقراره بأغلبية معينة داخل البرلمان، وهذا لا يشمل القوانين الجنائية والضريبية اذا ما فاقت ضرورة الرجعية ضرورة استقرار المعاملات[٢].

ولا ريب في ان سريان القانون على الماضي فيه اهدار للثقة بالقانون، لأنه يجعل ما كان عمل مشروع في وقت ما مجرما في وقت لاحق، ويتولد القلق في نفوس الناس بسبب عدم اطمئنانهم على ما اكتسبوا من حقوق، مما يجعل الفوضى وعدم الاستقرار في الجماعة والقلق في النفوس[٣]، فالقاعدة القانونية ملزمة للأفراد واذا ما هم رتبوا معاملاتهم على اساسها والتزموا بما اتت به القاعدة القانونية، ليس للقاعدة القانونية الجديدة ان تحاسب الناس على ما اسلفوا لان ذلك يعد من قبيل معاقبة الناس على الالتزام بالقانون[٤]، ومن العدل ان لا يسري القانون على الاشخاص الذين لم

---

(١) م/ ٨ دستور فرنسا النافذ ،م/٢٢٥ من دستور مصر النافذ ،م/١٩ من دستور العراق النافذ .

(٢) يقصد بالأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ان القانون المحكوم بعدم دستوريته يعد منعدم القيمة القانونية من وقت صدوره لا من وقت صدور الحكم اي ان اثره ينسحب على كافة المراكز القانونية التي نشأت بموجبه وعلى الاوضاع والحقوق والواجبات التي تقررت في ظله . د. ابراهيم محمد حسنين، الرقابة القضائية على دستورية القوانين في الفقه والقضاء، مصدر سابق، ص ٢٧٧.

(٣) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الاول، النظرية العامة، الاسكندرية، الدار الجامعية للطباعة والنشر،١٩٩٣، ص ٣٢٥ .

(٤) د. عباس الصراف و د. جورج حزبون، المدخل الى علم القانون، عمان: مطبعة كتابكم، ١٩٨٥، ص ١٠٤.

ينظموا سلوكهم طبقا له[١] وكذلك ان اعتبارات المصلحة العامة توجب العمل بهذا المبدأ حتى يتوافر الاستقرار الضروري في العلاقات القانونية[٢].

٢. احترام الحقوق المكتسبة:

يعرف الحق المكتسب بانه مصلحة يحميها القانون، اي ان الشخص يستطيع ان يطالب به وان يدافع عنه امام القضاء اذا ما نازعه فيه غيره[٣]. وعرف ايضا بانه مصلحة يمكن للفرد طلب حمايتها امام القضاء[٤]

يعد أحد المبادئ ذات القيمة الدستورية، ويعني أنه لا يجوز لأي من السلطات سلب حقوق اكتسبها الافراد بإحدى الطرق المشروعة بموجب القوانين النافذة متى ما تعلقت بممارسة الحريات والحقوق الاساسية، كحق الملكية والحق في التأمينات الاجتماعية وحق الجنسية[٥].

٣. فكرة التوقع المشروع:

هذه الفكرة لم تسبغ عليها القيمة الدستورية وتعني التزام الدولة بعدم مفاجأة او مباغتة الافراد بما تصدره من قوانين تخالف توقعاتهم المشروعة والمبينة على أسس موضوعية مستمدة من الانظمة القائمة التي تتبناها سلطات الدولة[٦].

٤. تقييد الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية:

وتقوم فكرته على أن الحكم بعدم دستورية نص قانوني والغاءه وعده كأن لم يكن بعد مرور فترة زمنية على صدوره ممكن أن تمس الامن القانوني للأشخاص الذين

---

(١) توفيق حسن ، مصدر سابق، ص ٣٢٤ .

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، دروس في مقدمة الدراسات القانونية، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٣) توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية ، مصدر سابق، ص ٣٣٠

(٤) د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، البصرة: دار الطباعة الحديث، ١٩٧٠، ص ٢٦٠ .

(٥) يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٦) يسري محمد العصار ، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

شملهم هذا القانون اثناء فترة سريانه، الامر الذي يستلزم وضع ضوابط تحد من سريان الاثر الرجعي للحكم الصادر بما يخدم الافراد الذين طالهم حكم عدم دستورية وبما يضمن لهم نوعاً من الامن القانوني(١).

ويعد مبدأ الامن القانوني مبدأ مستقل وذلك بعد ترسيخه من قبل المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية عام ١٩٦١، اذ انها قررت انه " بالنسبة للمواطن فان الامن القانوني يتجلى قبل كل شيء في حماية الثقة "(٢).

وكذلك اشارت له المحكمة الاوربية لحقوق الانسان منذ عام ١٩٨١ اذ اكدت على ضرورة التوقع القانوني كمطلب للأمن القانوني وكذلك اشار له الدستور البرتغالي(٣).

ولم ينص عليه دستور ١٩٥٨ الفرنسي ولم يقرره المجلس الدستوري الفرنسي كمبدأ دستوري وان كان الاخير يضمن قراراته متعلقات متعددة بهذا المبدأ(٤).

اما في مصر فان احكام المحكمة الدستورية العليا تسري باثر رجعي الا في حالتين، وهما صدور حكم قضائي بات والتقادم) وهاتان الحالتان لا تسري عليهما الاثر الرجعي لأحكامها. اما فيما عداهما فان حكمهما يسري باثر رجعي ولذلك فان العدول القضائي يسري باثر رجعي في مصر.

ولم ينص دستور ٢٠٠٥ العراقي على هذا المبدأ صراحة الا انه نص على صور الامن القانوني كمبدأ عدم رجعية القوانين في المادة ١٩ منه في فقرتها التاسعة " ليس للقوانين اثر رجعي مالم ينص على خلاف ذلك، ولا يشمل هذا الاستثناء قوانين الضرائب والرسوم " كذلك احترام الحقوق المكتسبة في المادة ٢٣ في فقرتها ثانيا " لا يجوز نزع الملكية الا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل وينظم ذلك بقانون " وكذلك ان قرارات المحكمة الاتحادية العليا لا تسري باثر رجعي بل تسري من تاريخ

(١) يسري محمد العصار، مصدر سابق، ص ٢٥١.

(٢) نقلا عن عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٣.

(٣) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٩.

(٤) عبد المجيد غميجة، مصدر سابق، ص ٩.

اصدار الحكم، وبالتالي لا تؤثر على المراكز القانونية المستقرة وبالتالي فان فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري في العراق لا تؤثر على فكرة الامن القانوني.

وأن من متطلبات الامن القانوني هو تحقيق الاستقرار القانوني اما العدول القضائي فهو يهدد الامن القانوني وذلك بسبب تأثير فكرة الحكم القضائي الدستوري في القانون وبالتالي لا يوجد توافق بين الامن القانوني والعدول القضائي[١] اذ أن وجه التعارض بين فكرة الامن القانوني وتعارضه مع العدول هو أن الاخير قد يقلل او يضعف من مكانة القضاء الدستوري وقدسيته بين السلطات العامة مما يدفع السلطة التأسيسية المنشأة الى تعديل الدستور لتقليص دور القضاء الدستوري، وتزداد الهوه بين العدول القضائي وفكرة الامن القانوني كلما ازداد العدول القضائي واصبح بصورة مفرطة الامر الذي لا يجعل القضاء الدستوري مؤسسة مقدسة[٢].

سبق ان قلنا ان احكام المحكمة الاتحادية العليا تسري باثر مباشر لا رجعي وبالتالي لا تؤثر على فكرة الامن القانوني، بينما في مصر نجد ان احكام المحكمة الدستورية العليا تسري باثر رجعي الا في حالتين هما: حالة صدور حكم قضائي بات والتقادم، اما فيما عداهما فان احكامها تسري باثر رجعي.

وللتخفيف من حدة التعارض بين الفكرتين ينبغي ان نحرص على توافر الشروط الاتية في العدول في أحكام القضاء الدستوري:-

١. أن يكون العدول القضائي محدوداً واستثنائياً:-

ينبغي على القاضي الدستوري أن لا يفرط في استخدام العدول القضائي والا ادى الى عدم استقرار المراكز القانونية فضلا عن عدم قدسية احكام القضاء الدستوري ولذلك ينبغي على القاضي الدستوري أن يجعل الاصل هو عدم العدول القضائي والاستثناء من الاصل هو العدول القضائي.

---

(1) Pacteau B la securite Juridique, un principe qui nous manqué A. J. D. A, 1995, P. 151 a 155

نقلاً عن عبد الحفيظ علي، مصدر سابق، ص ٨٢ .

(2) Cursouz, S.op.cit. P.108

نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص.

ونرى صحة الرأي القائل بأن " استثنائية العدول القضائي ومحدوديته سوف تساهم في تأكيد مصداقية القاضي الدستوري تجاه المؤسسات الدستورية الاخرى وخاصة من جانب القضاء العادي والاداري الذي قد يرى – في كثرة التحولات الدستورية – مبرراً للانفصال عن القاضي الدستوري وهو ما سوف يؤثر بالسلب على سلطة الاخير "[١].

فالقاضي الدستوري عليه أن يجعل احكامه تساهم في تحقيق الثبات والاستقرار وتأكيد المراكز القانونية وليس تهديدها، فاذا ما كان محدوداً في عدوله ساهم في تثبيت فكرة الامن القانوني في شقه الخاص بالتوقع المشروع من جانب الافراد[٢].

٢. أن يكون العدول القضائي مشروعاً:

أي أن يكون مبرراً ومقبولاً، فالعدول ينبغي أن يكون مبرراً لإسباغ صفة الشرعية عليه ولا يكون بسبب ارادة القاضي المحضة دون مبرر يسوغها فالعدول يكون اما بسبب تغير الظروف (الاقتصادية او الاجتماعية او السياسية) او نتيجة كون الحكم الدستوري السابق خاطئ والعدول ليكون مشروعاً ينبغي أن لا يمس بالحقوق والحريات الاساسية للأفراد بل ينبغي ان يزيد من حمايتها وفعاليتها، فالعدول ينبغي أن لا يخل بالضمانات الدستورية التي اعطاها الدستور للحقوق والحريات بحجة تغير الظروف[٣].

ويرى جانب من الفقه الفرنسي انه من الممكن الربط بين الوجود الشرعي لمؤسسة دستورية وبين قراراتها اذ أن كلاهما سيؤثر في الاخر، فكلما كانت قرارات هذه المؤسسة (القضاء مثلاً) معقولة كان وجودها شرعي والعكس، فكثرة العدول سيؤثر بشكل سلبي على مؤسسة القضاء الدستوري وعلى مكانة القضاء وعلى وجود مؤسسة الرقابة الدستورية كذلك لا نجد أن مسألة فكرة الامن القانوني تعد عائقاً امام العدول القضائي اذا ما تم بصورة مشروعة ومحدودة واستثنائية [٤].

المطلب الثاني

---

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٨٣.

(٢) نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٨٥. Cursouz. S, OP.cit, P.109

(٣) نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق ، ص ٨٦ Cursouz. S, OP. cit,P.110

(٤) عبد الحفيظ علي الشيمي ، نصدر سابق ، ص ٨٧ .

العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على الاستقرار القانوني

الاصل في الاحكام القضائية انها كاشفة وليست منشئة فهي لا تستحدث مراكز قانونية جديدة ولا تنشئ اوضاعاً جديدة بل تزيل ابهام النصوص الدستورية وتكشف عن مضمونه الصحيح الامر الذي يقتضي ان يكون الحكم الدستوري بأثر رجعي وذلك كنتيجة لطبيعته الكاشفة، فاذا ما صدر حكم بعدم دستورية نص تشريعي. فيجب ان يزول هذا النص واثاره بأثر رجعي من يوم صدوره ونفاذه فالمشرع اوجب على الجهة القضائية عند الشك في عدم دستورية نص قانوني ايقاف الدعوى لحين الفصل في مسألة الدستورية فاذا قضى بعدم دستوريته ولم يكن لهذا الحكم اثر رجعي لكان لزاماً على القاضي ان يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته وهذا ما يرفضه المنطق القانوني السليم(١).

ورجعية العدول القضائي كأثر للعدول تعد عائق للعدول القضائي الدستوري، اذ أنها تهدد الاستقرار القانوني وهذا ما سنحاول بيانه في الفرعين الآتيين:-

الفرع الاول: مفهوم رجعية العدول القضائي الدستوري

الفرع الثاني: الاثر الرجعي للعدول وفكرة الاستقرار القانوني

الفرع الاول
مفهوم رجعية العدول القضائي الدستوري

يعني أن القاعدة الدستورية الجديدة – الحكم القضائي الدستوري بالعدول – ستكون مطبقة على كافة الدعاوى المرفوعة امام القضاء الدستوري بغض النظر عن تاريخ نشوء الواقعة[٢] تقرر النظرية السائدة في الفقه والقضاء الامريكي ان الحكم بعدم دستورية النص التشريعي لا يبطل القانون ولا يلغيه و لا ينشئ حالة قانونية جديدة وانما يكشف عن حقيقة العمل التشريعي اذا كان الاخير يتعارض مع الدستور فانه لم يكن

(١) عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواري، الدعوى الدستورية، مصدر سابق، ص ١١٧، ١١٨.

(2) Bonneau T,Breves remarques sur la Pretendue retroactivite des arrest de Principe et des arrest de revirement D.Chron. 1995, P.24

نقلاً عن عبد الحفيظ علي، مصدر سابق، ص ٨٨ .

قانوناً وفق المدلول الفني لهذا الاصطلاح فأعمال السلطة التشريعية لتكتسب صفة القانون ينبغي ان تكون صادرة في الحدود التي رسمها لها الدستور من ناحية الشكل والموضوع ونتيجة هذا التصور هي القول بالأثر الرجعي المطلق للحكم بعدم الدستورية، فيعد القانون منعدم من تاريخ صدوره وتنعدم بذلك كافة العلاقات القانونية التي نشأت بمقتضاه وتنعدم الحقوق والواجبات التي تقررت في ظله[١].

وعبرت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية في حكم لها عام ١٨٨٦[٢]، عن ذلك بالقول ".. ان التشريع المخالف للدستور ليس في الحقيقة قانوناً على الاطلاق فهو لا ينشئ حقوقاً ولا يرتب واجبات و لا يمنح حماية و لا ينشئ وظيفة وهو من الناحية القانونية منعدم القيمة تماماً وكأنه لم يصدر اصلاً ".

ولكن عادت وقررت تقييد هذه القاعدة ومراعاة الوجود الفعلي للقانون في حكم لها[٣] صادر عام ١٩٤٠ قال فيه رئيسها القاضي (هوز) " ان الوجود المادي للقانون قبل ان يقضي بعدم دستوريته حقيقة واقعة ليس من السهل تجاهلها فليس من الممكن في كثير من الاحوال ان يسدل حكم المحكمة على الماضي ستاراً من النسيان ولذلك يجب ان يعاد النظر في اثر القضاء بعدم دستورية القانون على كثير من الاوضاع والعلاقات التي نشأت في ظله ".

ان التعويل على الاثر الرجعي لا يمكن التسليم به على اطلاقه لان القضاء على الحقوق والواجبات الناشئة كافة في ظل القانون قبل القضاء بعدم دستوريته قد يكون له من الاضرار المادية والمعنوية وقد يثير اشكالات قانونية اضعاف ما يؤدي اليه بقاء القانون المخالف للدستور.

ومن الانتقادات الموجهة الى الاثر الرجعي للعدول في احكام القضاء الدستوري:-

---

(١) احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٢٢ .

(٢) نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٢٣.

Norton V. Shelby county 118 us 425 (1886)

(٣) نقلاً عن د. احمد كمال ابو المجد، مصدر سابق، ص ٢٢٤

Chico County Drainage District V. Baxter stater Bank 308 us 371 (1940)

١. انه سيعدل بأثر رجعي ملايين الحالات القانونية على الرغم من أنها محل احترام من جانب اصحابها[١].

٢. القضاء مصدر احتياطي للقانون والتشريع ومصدر رسمي للقانون فكيف يتقيد الاصل بعدم الرجعية بينما لا يتقيد القضاء بها[٢].

ونعتقد انه لا بد من الاشارة الى المضرورين المحتملين من العدول في احكام القضاء الدستوري هم:-

اولا: البرلمانيون: لما كان القانون يسن بناءً على قرارات القضاء الدستوري، واذا ما تم تقديم مشروع قانون يتبنى حل قضائي معين وتم العدول عنه هنا سيتكبد البرلمانيون عناء عدم اصدار مشروع القانون الذي تبنى حكم القاضي القديم قبل العدول عنه.

ثانيا: وكذلك بما أن أحكام القضاء الدستوري لها حجية بمواجهة السلطات كافة فسيتأثر كل من القضائين العادي والاداري والسلطات الادارية بهذا الموضوع، فاذا ما تبنى القضاء العادي أو الاداري وجهة النظر القديمة للقاضي ومن ثم تم العدول عنها بأثر رجعي فستتأثر أحكامهم التي اصدورها استنادا الى الحكم السابق.

ثالثا: ولما كانت السلطة الادارية تخضع لأحكام القضاء الدستوري ايضا كسواها من السلطات فاذا ما اصدر حكم جديد، فلا ريب في ان تتأثر البعض من تصرفاتها كأن تصبح بعض من قراراتها غير متفقة مع الدستور، اي غير مشروعة بالنتيجة.

الفرع الثاني
الاثر الرجعي للعدول وفكرة الاستقرار القانوني

(1) Mouly C, Comment limiter la retroactivite des arret de Princip de revirment? L.P.A.n53 du 4 mai 1994 نقلاً عن عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٨٩ .

(٢) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٨٨ .

ان الموازنة بين المبدأين تقتضي منا الموائمة بين ناحيتين، الناحية الاولى ان الحياة القانونية في تطور مستمر تبعا للتغير والتطور السريع الحاصل في الحياة العامة، هذا من جهة ومن جهة اخرى من حق الافراد في ضمان الثبات النسبي والاستقرار النسبي لمراكزهم القانونية ولما كان التطور في الحياة القانونية يقتضي التعديل والتبديل سواء اكان في القواعد القانونية ام في الاحكام القضائية الدستورية، وبما ان الاخيرين ما هما الا ضمانة لحماية مبدأ المشروعية وتحقيق العدالة، ولكي لا يطغى اي المبدأين على الاخر (الاستقرار القانوني، ومبدأ المشروعية)

ومن الحلول التي وضعت للتلطيف من اثار رجعية العدول في احكام القضاء الدستوري الاتي[1]:-

أ. سريان العدول بأثر مباشر وليس رجعي.

أي أن الحكم السابق يطبق على القضايا المعروضة على القضاء وبذلك سنتجنب العدول المفاجئ او المباغت واثره السلبي على الخصوم والمشرع العادي، وسنفعل من فكرة التوقع المشروع للقانون.

واقترح (مولي) فكرة الاعلانات الحذرة أو المنذرة اذ أن القاضي له أن يسن قاعدة جديدة وفي النهاية يعطي حلاً مماثلاً للحل القديم وبالتالي فان العدول لا يكون له نتائج الا للمستقبل.

ب. تبني سياسة القانون المؤقت للحد من رجعية العدول القضائي.

ويكون ذلك اما بأن تقوم المحكمة باخطار الخصوم بأنها ستطبق للمرة الاخيرة الحل القديم في القضية المطروحة ومن ثم تطبق الحل الجديد، هنا الحكم الاخير سيكون له اثر ابلاغي او اعلامي فقط. او ان الحكم الجديد سيطبق على القضية المنظورة لكن اثاره لا تمتد الا على الحالات اللاحقة.

---

(١) عبد الحفيظ علي الشيمي، مصدر سابق، ص ٩١ وما بعدها.

فالعدول القضائي لأجل المستقبل سيؤدي الى احترام مبدأ الامن القانوني وسيجنبنا العدول المفاجئ او المباغت.

من مراجعة قرارات المحكمة الاتحادية العليا في العراق نلاحظ انها لا تجعل قراراتها تسري بأثر رجعي، ففي قرارها المرقم ١٥/اتحادية /٢٠٠٦ في ٢٠٠٧/٤/٢٦[١] التي قضت فيه"... اما بخصوص طلبهم الوارد في عريضة الدعوى المتضمنة طلب الحكم بعدم دستورية المادة (١٥/ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ لمخالفتها للمادة (٤٩/ اولا) من الدستور نصت (بانه يتكون مجلس النواب من عدد من الاعضاء بنسبة مقعد واحد لكل مائة الف نسمة من نفوس العراق يمثلون الشعب العراقي بأكمله يتم انتخابهم بطريق الاقتراع العام السري المباشر ويراعى تمثيل سائر مكونات الشعب فيه) واذ ان المادة (٤٩/ اولا) من الدستور اعتمدت معيار عدد نفوس العراق في الانتخابات بنسبة واحد لكل مائة الف نسمة من سكان العراق بخلاف المعيار المعتمد في المادة (١٥/ ثانيا) من قانون الانتخابات رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ اذ اعتمدت معيار عدد الناخبين المسجلين في السجلات في كل محافظة وفقا لما ذكر انفا لذا فان نص المادة (١٥/ ثانيا) من قانون الانتخابات اصبح متعارضا مع نص المادة (٤٩/ اولا) من الدستور... قررت المحكمة بعدم دستورية المادة ١٥ /ثانيا من قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ لتعارضه مع احكام المادة ٤٩/ اولا من الدستور على ان لا يمس الاجراءات التي جرت بموجبها انتخابات المجلس النيابي الحالي في ظل قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية.. ".

اما في دعوتها المرقمة ٦/اتحادية/٢٠١٠ في ٢٠١٠/٣/٣ [٢] فقد قضت "...وجد بان البند ثالثا من المادة ١ من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ قد نص على (تمنح المكونات التالية حصة (كوتا) تحتسب من المقاعد المخصصة لمحافظاتهم على ان لا يؤثر ذلك على نسبته في حالة مشاركتهم في القوائم الوطنية وكما يلي: أ- المكون المسيحي خمسة مقاعد

(١) القرار غير منشور.

(٢) المنشورة في احكام وقرارات المحكمة الاتحادية العليا لعام ٢٠١٠ المجلد الثالث، تموز ٢٠١١، ص ٤٢.

توزع على محافظات بغداد ونينوى وكركوك ودهوك واربيل. ب- المكون الايزدي مقعد واحد في محافظة نينوى. ج- المكون الصابئي المندائي مقعد واحد في محافظة بغداد. د- المكون الشبكي مقعد واحد في محافظة نينوى). ونص في البند خامسا من المادة المذكورة اعلاه على انه (تكون المقاعد المخصصة من الكوتا للمسيحيين ضمن دائرة انتخابية واحدة) واذ ان المادة ١٤ من دستور العراق لعام ٢٠٠٥ قد نصت على انه (العراقيون متساوون امام القانون دون تمييز بسبب الجنس او العرق او القومية او الاصل او اللون او الدين او المذهب او المعتقد او الرأي او الوضع السياسي او الاجتماعي) واذ ان القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥ قد عد المقاعد المخصصة من الكوتا للمسيحيين ضمن دائرة انتخابية واحدة وذلك في البند خامسا من المادة الاولى منه ولم يمنح القانون هذا الحق الى الطائفة الصابئية المندائية حينما قصر حق الترشيح والتصويت على بغداد فقط لذا فان القانون قد اخل بمبدأ المساواة بين العراقيين...لذا قررت المحكمة بعدم دستورية الفقرة ج من البند/ ثالثا من المادة الاولى من القانون رقم ٢٦ لسنة ٢٠٠٩ قانون تعديل قانون الانتخابات رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.... على ان لا يمس ذلك الاجراءات المتخذة لانتخاب اعضاء مجلس النواب لعام ٢٠١٠..."

يذهب احد الفقهاء الى ان ثبات المحكمة على حكمها السابق بدستورية القانون اوفق من العدول عنه بحكم يقرر عدم دستوريته، وينقض ما كان له من حجية تعد عنصرا مهما من عناصر استمرار القانون واستقراره وتستمد قيمتها من الحاجة النفسية الى الاطمئنان على المستقبل، ذلك انه لا ريب فيه ان ذلك العدول سوف يحدث صدمة خطيرة تنذر بتهديد الاستقرار في المعاملات وتجعل ذوي الشأن في حيرة من حقيقة مراكزهم القانونية، وتسقط هيبة المحكمة واحترامها عند الجمهور عندما يعلم ان شيئا مما قالته بالأمس لا يلزمها اليوم[١].

(١) د. مها بهجت، مصدر سابق، ص ٦٨ .

وذهب بعض الفقه الامريكي الى القول بان ظاهرة العدول امر شديد الخطورة لتهديده الاستقرار في المعاملات، ويذهب احد الفقهاء[1] الى القول بان "على ان التعميم في هذه المشكلة لابد ان يؤدي الى الخطأ اذ يجب في تقديرنا قبل الحكم على مسلك المحكمة في ذلك ان تبحث الاسباب الحقيقية للعدول عن السوابق القديمة في كل حالة على حدة، وان نوازن الاضرار الناتجة عن هذا العدول بالأضرار الناتجة عن استمرار المحكمة في تطبيقها لسابقة فاسدة، ومن ناحية اخرى فلا يجوز ان يتوهم ان المحكمة حتى في المراحل التي بلغ فيها عدولها عن السوابق درجته القصوى، قد اسقطت من حسابها ما تقوم عليه قاعدة الزام السوابق من اعتبارات عملية جديرة بالاعتبار او انها قد عدلت عن هذا المبدأ كلية في قضائها فهذا فرانكفورتر يقرر عام ١٩٤٠ في قضية (helvering v. hillock) " ان المحكمة ترى في حجية السوابق القضائية قاعدة هامة من قواعد السياسة الاجتماعية، اذ لا شك ان هذه الحجية عنصر هام من عناصر استمرار القانون واستقراره وهي تستمد قيمتها من الحاجة النفسية الى الاطمئنان على المستقبل استنادا الى تكهنات او تقديرات معقولة...وكل ما هنالك ان السرعة النسبية الكبيرة التي تتم بها التطورات الاجتماعية والاقتصادية في الولايات المتحدة وضرورة تطور القانون ونموه لموائمة هذه التغيرات المتجددة كل ذلك كان لابد ان يحمل المحكمة على اعادة النظر في موقفها من حين لآخر "

مما سبق نعتقد ان المحكمة الاتحادية العليا في العراق اذا ما عدلت عن حكمها السابق فان ذلك لا يؤثر على استقرار المعاملات لان احكامها تسري باثر مباشر لا رجعي، على عكس المحاكم الدستورية التي تسري احكامها باثر رجعي كالمحكمة الدستورية العليا في مصر مما يؤثر على استقرار المعاملات، والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الامريكية .

(١) د. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، مصدر سابق، ص ٢٣٧ و ٢٣٨.

مقدمـــة

فصل تمهيدي

مفهوم
الحكم القضائي الدستوري

الفصل الأول
مفهوم العدول في احكام القضاء الدستوري

الفصل الثاني
شروط العدول في احكام القضاء الدستوري ونطاقه

الفصل الثالث
قيود العدول في احكام القضاء الدستوري

خاتمـــــة

المصـــــادر

المحتويات

الموضوع	الصفحة
مقدمة	١-٦
فصل تمهيدي **مفهوم الحكم القضائي الدستوري**	**٧-٥٩**
المبحث الاول: التعريف بالحكم القضائي الدستوري	٨-٣٣
المطلب الاول: التعريف بالحكم القضائي الدستوري (لغة واصطلاحا)	٨
الفرع الاول: التعريف اللغوي للحكم القضائي الدستوري	٩
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للحكم القضائي الدستوري	١٢
المطلب الثاني: حجية الحكم القضائي الدستوري	١٤
المطلب الثالث: تمييز الحكم القضائي الدستوري عن الحكم القضائي الاداري	٢٥
الفرع الاول: من حيث الجهة التي تصدر الحكم	٢٦
الفرع الثاني: من حيث ولاية القاضي او انواع الاحكام	٢٨
الفرع الثالث: من حيث حجية الحكم	٣٠
الفرع الرابع: من حيث طبيعة المنازعة	٣١
الفرع الخامس: من حيث اجراءات رفع الدعوى الادارية والدستورية	٣٣
المبحث الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري	٣٤-٦٠
المطلب الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في القوانين المقارنة	٣٤
الفرع الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية	٣٥
الفرع الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في فرنسا	٣٨
الفرع الثالث: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في مصر	٤٠
المطلب الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق	٤٤
الفرع الاول: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق قبل عام ٢٠٠٣	٤٤
الفرع الثاني: الجهة المختصة بإصدار الحكم القضائي الدستوري في العراق بعد عام ٢٠٠٣	٤٨
الفصل الاول **مفهوم العدول في احكام القضاء الدستوري**	**٦٠-١٠٥**

المبحث الاول: تعريف العدول في احكام القضاء الدستوري واهميته	٦١-٨٩
المطلب الاول: تعريف العدول	٦١
الفرع الاول: التعريف اللغوي للعدول	٦١
الفرع الثاني: التعريف الاصطلاحي للعدول في احكام القضاء الدستوري	٦٢
المطلب الثاني: اهمية العدول في احكام القضاء الدستوري	٧٤
الفرع الاول: العدول كداعم للدستور	٧٤
الفرع الثاني: العدول كداعم للحقوق والحريات الاساسية	٨٠
الفرع الثالث: العدول في اداة او وسيلة لتصحيح احكام دستورية سابقة	٨٢
الفرع الرابع: العدول كوسيلة لتفادي انكار العدالة	٨٤
المبحث الثاني: انواع العدول في احكام القضاء الدستوري	٩٠-١٠٤
المطلب الاول: انواع العدول من حيث السبب المؤدي له	٩١
المطلب الثاني: انواع العدول من حيث الوسائل التي يتبعها القاضي الدستوري	٩٦
الفرع الاول: انواع العدول من حيث الزمن الذي يستغرقه	٩٦
الفرع الثاني: انواع العدول من حيث اعلان ارادة القاضي الدستوري	٩٩
الفرع الثالث: انواع العدول بحسب منهج القاضي الدستوري	١٠٢
المطلب الثالث: انواع العدول من حيث اثاره	١٠٤
الفصل الثاني **شروط العدول في احكام القضاء الدستوري ونطاقه**	**١٠٦-١٤٤**
المبحث الاول: شروط العدول في احكام القضاء الدستوري	١٠٧-١٤٤
المطلب الاول: ان يعبر العدول عن التغيرات المجتمعية	١٠٧
الفرع الاول: اثر التغيرات المجتمعية على العدول	١٠٨
الفرع الثاني: مرونة المعايير المعتمدة من قبل المحكمة	١١٣
المطلب الثاني: شروط تتعلق بالجهة القضائية	١١٥
المبحث الثاني: نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري و مشروعيته	١٢٤-١٤٤
المطلب الاول: نطاق العدول في احكام القضاء الدستوري	١٢٤

الفرع الاول: نطاق العدول في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية (النظام الانكلوسكسوني)	١٢٥
الفرع الثاني: نطاق العدول في الدول التي لا تأخذ بنظام السوابق القضائية (النظام اللاتيني)	١٣٣
المطلب الثاني: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري	١٣٦
الفرع الاول: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام الانكلوسكسوني	١٣٧
الفرع الثاني: مشروعية العدول في احكام القضاء الدستوري في النظام اللاتيني	١٤١
الفصل الثالث **قيود العدول في احكام القضاء الدستوري**	**١٤٥-١٧٨**
المبحث الاول: القيود العامة على العدول في احكام القضاء الدستوري	١٤٦-١٦٠
المطلب الاول: المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري	١٤٦
الفرع الاول: مفهوم المبادئ العليا الدستورية او فوق الدستورية	١٤٧
الفرع الثاني: الاتجاهات الفقهية المؤيدة والمعارضة لوجود مبادئ عليا دستورية او فوق الدستورية	١٥١
المطلب الثاني: سمو الدستور كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري	١٥٦
الفرع الاول: تأثير السمو الشكلي للدستور على فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري	١٥٧
الفرع الثاني: تأثير السمو الموضوعي للدستور على فكرة العدول في احكام القضاء الدستوري	١٥٩
المبحث الثاني: اثار العدول كقيد على العدول في احكام القضاء الدستوري	١٦١-١٧٨
المطلب الاول: العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على فكرة الامن القانوني	١٦١
المطلب الثاني: العدول في احكام القضاء الدستوري واثره على الاستقرار القانوني	١٧٢
الفرع الاول: مفهوم رجعية العدول القضائي الدستوري	١٧٢
الفرع الثاني: الاثر الرجعي للعدول وفكرة الاستقرار القانوني .	١٧٥
خاتمة	١٧٩- ١٨٦
المصادر	١٨٧- ١٩٩

المصـــــادر

القران الكريم

اولا: المعاجم

١. ابـراهيم مصـطفى واحمـد حسـن الزيـات وحامـد عبـد القـادر ومحمـد علـي النجـار، المعجم الوسيط، دار الدعوة، ج١.

٢. ابن منظور، لسان العرب، القاهرة: دار الحديث،٢٠٠٣، ج٢.

٣. ابن منظور، لسان العرب، القاهرة: دار الحديث،٢٠٠٣، ج٣ وج ٧.

٤. اسـماعيل بـن حمـاد الجـواهري، معجـم الصـحاح، اعتنـى بـه خليـل شـيحا، بيـروت: دار المعرفة، ط ٢، ٢٠٠٧.

٥. جبـران مسـعود، الرائـد (معجـم لغـوي عصـري) بيـروت: دار العلـم للملايـين، ط ٨،١٩٩٦.

٦. جيـرار كورنـو، معجـم المصـطلحات القانونيـة، ترجمـة منصـور القاضـي، بيـروت: مجـد للمؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط ٢، ٢٠٠٩.

٧. حـارث سـليمان الفـاروقي، المعجـم القـانوني، انكليـزي – عربـي، بيـروت: مكتبـة لبنـان، ط ٥، ٢٠٠٨.

٨. لوئيس معلوف، المنجد في اللغة، مطبعة الغدير، ط ٣٧، ١٤٢٣ هـ.

٩. مجموعـة مـن المختصـين، المنجـد فـي اللغـة والاعـلام، بيـروت: دار المشـرق، ط ٤١، ٢٠٠٥.

ثانيا: المصادر

١. ابراهيم درويش، القانون الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية، ط ٤، ٢٠٠٠.

٢. ابـراهيم محمـد حسـنين، الرقابـة القضـائية علـى دسـتورية القـوانين فـي الفقـه والقضـاء، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٣. احسـان محمـد الحسـن، علـم الاجتمـاع القـانوني، عمـان: دار وائـل للنشـر، ط١ ، ٢٠٠٨.

٤. احمد ابراهيم حسن، غاية القانون، الاسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٠.

٥. احمد المومني، الحكم، عمان: جمعية عمال المطابع التعاونية، ط١،١٩٩٠.

٦. احمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، القاهرة: دار الشروق.
٧. احمـد فتحـي سـرور، القـانون الجنـائي الدسـتوري، القـاهرة: دار الشـروق، ط ٤، ٢٠٠٦.
٨. احمد كمال ابو المجد، الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة الامريكية والاقليم المصري، القاهرة: مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.
٩. ادم وهيب النداوي، المرافعات المدنية ، القاهرة: العاتك لصناعة الكتب، ط ٢، ٢٠٠٩.
١٠. د. اشرف اللمساوي، الشريعة الدستورية في التشريعات المختلفة ودور القضاء الدستوري في رقابة المشروعية، عابدين: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠٠٧.
١١. د. امين عاطف صليبا، دور القضاء في ارساء دولة القانون، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠٠٢.
١٢. ايناس محمد البهجي ود. يوسف المصري، الرقابة على دستورية القوانين، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١٣.
١٣. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، القسم الاول، النظرية العامة، الاسكندرية: الدار الجامعية للطباعة، ١٩٩٣.
١٤. جمال محمد مصطفى، شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية، بغداد: مطبعة الزمان، ٢٠٠٤.
١٥. د. حسن زكريا، المحكمة العليا الامريكية، بغداد: مطبعة الحكومة، ١٩٦٦.
١٦. حسن محمد ابو السعود، مذكرات في اصول القانون، بغداد: مطبعة الفيض الاهلية، ١٩٤٠.
١٧. د. حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات العربية المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط ١، ٢٠١١.
١٨. د. حميد حنون، مبادئ القانون الدستوري وتطور النظام السياسي في العراق، ٢٠١٢.

١٩. دينـيس لويـد، فكـرة القـانون، تعريـب سـليم الصـويص، الكويـت: عـالم المعرفـة، ١٩٨١.

٢٠. د. رافـد خلـف و د. عثمـان سـلمان، التشـريع بـين الصـناعة والصـياغة، ط ١، ٢٠٠٩.

٢١. د. رياض القيسي، علم اصول القانون، بغداد: بيت الحكمة، ط ١، ٢٠٠٢.

٢٢. د. زكي محمد النجار، القانون الدستوري، ط ١،١٩٩٥.

٢٣. د. زكـي محمـد النجـار، فكـرة الغلـط البـين فـي القضـاء الدسـتوري، القـاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٧.

٢٤. د. سـامي جمـال الـدين، تـدرج القواعـد القانونيـة ومبـادئ الشـريعة الاسـلامية، الاسكندرية: دار المعارف، ١٩٨٦.

٢٥. سـعيد الصـادق، المـنهج القـانوني فـي الولايـات المتحـدة الامريكيـة وجمهوريـة مصـر العربية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٧.

٢٦. د. صـبري محمـد السنوسـي، اثـار الحكـم بعـدم الدسـتورية، القـاهرة : دار النهضـة العربية، ٢٠٠٠.

٢٧. د. صـعب نـاجي عبـود، الـدفوع الشـكلية امـام القاضـي الاداري، المؤسسـة الحديثـة للكتاب، ٢٠١٠.

٢٨. د. صلاح الدين فوزي، الدعوى الدستورية، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٢٩. عادل عمر شريف، قضاء الدستورية

٣٠. عادل عمر الشريف، رقابة الدستورية، ١٩٨٨.

٣١. عبـاس الصـراف وجـورج حزبـون، المـدخل الـى علـم القـانون، عمـان: مطبعـة كتـابكم، ١٩٨٥.

٣٢. د. عبـد البـاقي البكـري وزهيـر البشـير، المـدخل لدراسـة القـانون، بغـداد: دار الكتـب للطباعة والنشر.

٣٣. عبـد الحفـيظ علـي الشـيمي، التحـول فـي احكـام القضـاء الدسـتوري، القـاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.

٣٤. د. عبد الحميد الشواربي وشريف جاد الله، شائبة عدم دستورية ومشروعية قرار اعلان ومد حالة الطوارئ والاوامر العسكرية، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

٣٥. عبد الرزاق الحسني، تاريخ الوزارات العراقية في العهد الملكي، دار الشؤون الثقافية العامة، ١٩٨٨.

٣٦. د. عبد العزيز محمد سالمان، ضوابط وقيود الرقابة الدستورية، القاهرة: دار النهضة العربية، ط ١، ٢٠١١.

٣٧. عبد العزيز محمد سالمان ، رقابة دستورية القوانين ، دار الفكر العربي ، ١٩٩٥.

٣٨. د. عبد الله ناصيف، حجية واثار احكام المحكمة الدستورية العليا قبل التعديل وبعد التعديل، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

٣٩. عبد المجيد ابراهيم، السلطة التقديرية للمشرع، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.

٤٠. عبد المجيد عباس، اصول القانون، بغداد، مطبعة المعارف، ط ١ ، ١٩٤٧

٤١. عبير حسين السيد، دور القاضي الدستوري في الرقابة على السلطة التقديرية للمشرع، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٩.

٤٢. د. عدنان عاجل عبيد، القانون الدستوري، ط ٢، ٢٠١٣.

٤٣. د. عز الدين الدناصوري وعبد الحميد الشواربي، الدعوى الدستورية، الاسكندرية: منشاة المعارف، ٢٠٠١.

٤٤. د. عزيزة الشريف، دراسة في الرقابة على دستورية التشريع ، جامعة الكويت ، ١٩٩٥ .

٤٥. د. عصمت عبد الله الشيخ، مدى استقلال القضاء الدستوري في شأن الرقابة على دستورية التشريعات، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.

٤٦. علاء صبري، قرارات واراء المحكمة الاتحادية العليا، بغداد، ٢٠٠٩.

٤٧. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، البصرة: دار الطباعة الحديث، ١٩٧٠.

٤٨. د. علـي هـادي عطيـة، النظريـة العامـة فـي تفسـير الدسـتور واتجاهـات المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي تفسـير الدسـتور العراقـي، لبنـان: منشـورات زيـن الحقوقيـة، ط ١، ٢٠١١.

٤٩. د. علـي يوسـف الشـكري، مبـادئ القـانون الدسـتوري، عمـان: دار صـفاء للنشـر والتوزيع، ط ١ ، ٢٠١١.

٥٠. د. عـوض المـر، الرقابـة القضـائية علـى دسـتورية القـوانين فـي ملامحهـا الرئيسـية، مركز رينيه – جان ديوي للقانون والتنمية.

٥١. د. غـازي فيصـل، المحكمـة الاتحاديـة العليـا ودورهـا فـي ضـمان مبـدأ المشـروعية، بغداد: موسوعة الثقافة القانونية، ط ١، ٢٠٠٨.

٥٢. الكمال بن الهمام، فتح القدير ط ٥، ١٣٢هـ، ج٢.

٥٣. د. ماجد راغب الحلو، القانون الدستوري، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٣.

٥٤. د. مجيد حمد العنبكي، السوابق القضائية في النظام القانوني الانكليزي.

٥٥. محمد الحسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج ٥.

٥٦. محمد جمال عثمان، اثر الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا

٥٧. د. محمد صلاح عبد البديع، قضاء الدستورية في مصر، ٢٠٠٢.

٥٨. د. محمـد عبـد الحميـد ابـو زيـد، القضـاء الدسـتوري شـرعا ووضـعا، القـاهرة: دار النهضة العربية.

٥٩. محمد عبد اللطيف، الضمانات الدستورية في المجال الضريبي، الكويت، ١٩٩٩.

٦٠. محمـد عبـد طعـيمس، تعـويض الضـرر المعنـوي فـي المسـؤولية التقصـيرية، ط ١، ٢٠٠٨.

٦١. محمـد علـي عرفـة، مبـادئ العلـوم القانونيـة او المـدخل لدراسـة القـانون ، القـاهرة : مكتبة عبد الله وهبه ، ط ٢ .

٦٢. د. محمـد فـؤاد عبـد الباسـط، ولايـة المحكمـة الدسـتورية العليـا فـي المسـائل الدسـتورية، الاسكندرية: منشأة المعارف، ٢٠٠٢.

٦٣. د. محمـد مـاهر ابـو العينـين، الموسـوعة الدسـتورية،اجراءات الـدعوى الدسـتورية ، الكتاب الثاني ،١٩٩٧.

٦٤. د. محمـد مـاهر ابـو العينـين، موسـوعة القضـاء الدسـتوري المصـري والمقـارن، الهـرم: دار ابو المجد للطباعة، ٢٠١١.

٦٥. د. محمـد مـاهر ابـو العينـين، الانحـراف التشـريعي والرقابـة علـى دسـتوريته، القـاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٧.

٦٦. د. محمـود احمـد زكـي، الحكـم فـي الـدعوى الدسـتورية، القـاهرة: دار النهضـة العربيـة، ط ٢ ، ٢٠٠٤ /٢٠٠٥.

٦٧. د. محمـود جمـال الـدين زكـي، دروس فـي مقدمـة الدراسـات القانونيـة، القـاهرة: الهيئـة العامة لشؤون المطابع الاميرية، ط ٢ ، ١٩٦٩.

٦٨. د. محمـود خلـف الجبـوري، القضـاء الاداري فـي العـراق، بغـداد: دار المرتضـى، ط ٢، ٢٠١٤.

٦٩. د. محمـود سـامي جمـال الـدين، القضـاء الاداري، الاسـكندرية: منشـأة المعـارف، ٢٠٠٨.

٧٠. د. محمـود نجيـب حسـني، شـرح قـانون العقوبـات –القسـم العـام – ، منشـورات حلبـي الحقوقية

٧١. مصـطفى محمـود عفيفـي، رقابـة دسـتورية القـوانين فـي مصـر والـدول الاجنبيـة ، ط١ ، ٢٠٠٥ .

٧٢. مكـي نـاجي، المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي العـراق، النجـف: دار ضـياء للطباعـة والتصميم، ط ١ ، ٢٠٠٧.

٧٣. د. منـذر الشـاوي، القـانون الدسـتوري، بغـداد: منشـورات مركـز البحـوث القانونيـة، ١٩٨١.

٧٤. د. نبيلـة عبـد الحلـيم كامـل، الرقابـة القضـائية علـى دسـتورية القـوانين (القضـاء الدستوري)، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٣.

٧٥. د. نجيب خلف و د. محمد علي جواد، القضاء الاداري، ٢٠١٠.

٧٦. هشـام محمـد فـوزي، رقابـة دسـتورية القـوانين بـين امريكـا ومصـر، القـاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦/٢٠٠٧.

٧٧. وسيم حسام الدين الاحمد، المحاكم الدستورية العربية والاجنبية، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، ط ١، ٢٠١٢.

٧٨. يحيى الجمل، القضاء الدستوري في مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٧٩. يحيى الجمل، طرق الرقابة على دستورية القوانين في البلاد العربية، اتحاد المحاكم والمجالس الدستورية العربية، النشرة الاولى، ٢٠٠٢.

٨٠. يسري محمد العصار، دور الاعتبارات العملية في لقضاء الدستوري، القاهرة: دار النهضة العربية.

ثالثا: المجلات والدوريات

١. ابراهيم الحمود، توسيع اختصاصات المجلس الدستوري الفرنسي في الرقابة على دستورية القوانين، مجلة الحقوق، السنة الثامنة عشر، العدد الاول، ١٩٩٤.

٢. احمد كمال ابو المجد، دور المحكمة الدستورية في النظامين السياسي والقانوني في مصر ج٢، مجلة الدستور، العدد ٢، السنة ١، ٢٠٠٣.

٣. د. ثروت البدوي، الدولة القانونية، مجلة ادارة قضايا الحكومة، العدد ٣، السنة ٣، ١٩٥٩.

٤. د. حسن حنتوش و علي شمران ، التسبيب في الاعمال القضائية ، مجلة رسالة الحقوق ، السنة الخامسة ، العدد ٢ ، ٢٠١٣ .

٥. د. حميد حنون، المحكمة العليا ودورها في بناء وحماية النظام الدستوري في الولايات المتحدة الامريكية، مجلة العلوم القانونية، المجلد ٢٧ العدد ١، السنة ٢٠١٢.

٦. د. حميد حنون ، السلطات الاتحادية في دستور العراق لعام ٢٠٠٥ ، مجلة العلوم القانونية ، جامعة بغداد ، المجلد ٢٤ العدد١ ،٢٠٠٩ .

٧. د. حنان محمد القيسي، دور المحكمة الاتحادية العليا في الرقابة على اعمال الادارة، دراسات قانونية، العدد ٣٦، لسنة ٢٠١٣.

٨. د. حنـان محمـد القيسـي، الاختصـاص التفسـيري للمحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي العـراق، مجلة المسلة العدد ١ السنة ٢٠١٠ .

٩. د. حيـدر ادهـم عبـد الهـادي، قـراءات فـي الرقابـة علـى دسـتورية تفسـير القـوانين، مجلـة التشريع والقضاء، العدد ٤ السنة ١، ٢٠٠٩.

١٠. د. صـالح يعسـوب، السـوابق القضـائية ودورهـا فـي الاسـتقرار القضـائي، مجلـة القضاء، الاعداد (١و٢و٣و٤) لسنة ٥٣، ١٩٩٩.

١١. د. عـامر زغيـر محيسـن، الموازنـة بـين فكـرة الامـن القـانوني ومبـدأ رجعيـة اثـر الحكم، مجلة مركز دراسات الكوفة، العدد ١٨، ٢٠١٠.

١٢. د. عبـد الـرزاق السـنهوري ، مخالفـة التشـريع للدسـتور والانحـراف فـي اسـتعمال السلطة التشريعية ، مجلة القضاة ، السنة ١٩ ،العدد ١ ، ١٩٨٦ .

١٣. علـي سـعد عمـران، اختصاصـات المحكمـة الاتحاديـة العليـا فـي الرقابـة علـى احكـام محكمة القضاء الاداري، مجلة رسالة الحقوق، العدد ٢، ٢٠٠٩.

١٤. علـي عيسـى اليعقـوبي، المحكمـة الاتحاديـة العليـا تكوينهـا وطبيعـة الرقابـة التـي تمارسها، مجلة التشريع والقضاء، السنة ٤، العدد ٤، ٢٠١٢.

١٥. علـي عيسـى اليعقـوبي، تعـديل ٢٣ تمـوز ٢٠٠٨ واثـره فـي تطـور الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين فـي فرنسـا، مجلـة العلـوم القانونيـة ، جامعـة بغـداد ، المجلـد ٢٧ ، ٢٠١٢ .

١٦. د.علـي هـادي ود. ميـثم حنظـل و عـلا رحـيم، حجيـة قـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا علـى المحكمـة نفسـها فـي ضـوء احكـام الدسـتور والقضـاء والفقـه، مجلـة جامعـة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد ٧ ، المجلد ١ ، ٢٠١٣.

١٧. غـازي ابـراهيم الجنـابي، القضـاء الاداري فـي العـراق، مجلـة التشـريع والقضـاء، العـدد ٤، ٢٠٠٩.

١٨. محمـد عبـد طعـيمس، دور القضـاء فـي حمايـة الحقـوق والحريـات، مجلـة التشـريع والقضاء، العدد ٤ ، السنة ٤، ٢٠١٢.

١٩. محمـود عبـد علـي، العلاقـة بـين الـدعوى الاداريـة والحـق موضـوع الـدعوى، مجلـة الرأي، المجلد ١، العدد ٢، ٢٠١٤.

٢٠. د. مهـا بهجـت يـونس، المحكمـة الاتحاديـة العليـا واختصاصـاتها بالرقابـة علـى دسـتورية القـوانين، مجلـة كليـة الحقـوق جامعـة النهـرين، المجلـد ١١، العـدد ٢١، ٢٠٠٨.

٢١. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا للأعـوام (٢٠٠٥ و ٢٠٠٦ و٢٠٠٧) من اصدارات جمعية القضاء العراقي

٢٢. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا للعـام ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩ ، المجلـد الثـاني، نيسان، ٢٠١١.

٢٣. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا للعـام ٢٠١٠، المجلـد الثالـث، تمـوز، ٢٠١١.

٢٤. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا للعـام ٢٠١١، المجلـد الرابـع، اذار ٢٠١٢، بغداد: دار ومكتبة الامير للتشريع.

٢٥. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا لعـام ٢٠١٢، مـن اصـدارات مجلـة التشـريع والقضاء، المجلد الخامس، اذار ٢٠١٣.

٢٦. احكـام وقـرارات المحكمـة الاتحاديـة العليـا لعـام ٢٠١٣، مـن اصـدارات مجلـة التشـريع والقضاء، المجلد السادس.

رابعا: الرسائل والاطاريح:

١. ابـراهيم محمـد حسـنين ، الرقابـة القضـائية علـى دسـتورية القـوانين ، رسـالة مقدمـة الـى جامعة طنطا كلية الحقوق للحصول على درجة الدكتوراه في القانون ١٩٩٩ .

٢. د. حسـين جبـر الشـويلي، قرينـة دسـتورية التشـريع، اطروحـة مقدمـة الـى كليـة القـانون جامعة بابل، ٢٠١٤.

٣. شـهاب احمـد عبـد الله، دور المحكمـة العليـا الامريكيـة فـي الرقابـة علـى دسـتورية القـوانين فـي مجـال حقـوق الانسـان، رسـالة مقدمـة الـى كليـة القـانون الجامعـة المستنصرية، ٢٠٠٦.

٤. قيس شهاب احمد، الرقابة على دستورية المعاهدات الدولية، رسالة مقدمة الى كلية القانون والعلوم السياسية، جامعة الكوفة، ٢٠١٠.
٥. د. مها بهجت، الحكم بعدم دستورية نص تشريعي ودوره في تعزيز دولة القانون، رسالة مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠٠٦.

خامسا : الدساتير :

أ- الدساتير العراقية :

١- القانون الاساسي العراقي لعام ١٩٢٥ الملغى .
٢- دستور الاتحاد العربي (الهاشمي) لسنة ١٩٥٨ الملغى .
٣- دستور ٢١ ايلول ١٩٦٨ الملغى .
٤- قانون ادارة الدولة العراقية للمرحلة الانتقالية لعام ٢٠٠٤ الملغى .
٥- دستور العراق النافذ لعام ٢٠٠٥ النافذ.

ب-الدساتير الاجنبية :

١- دستور الولايات المتحدة لعام ١٧٨٧ النافذ .
٢- دستور فرنسا لعام ١٩٥٨ النافذ
٣- دستور مصر لعام ١٩٧١ الملغى .
٤- دستور البرتغال لعام ١٩٧٦ النافذ .
٥- دستور مصر لعام ٢٠١٤ النافذ .

سادسا : التشريعات :

أ- التشريعات العراقية :

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل .
٢- قانون الاحوال الشخصية رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .
٣- قانون المحكمة الدستورية العليا العراقية رقم ١٥٩ لسنة ١٩٦٨ الملغى .
٤- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٥- قانون مجلس شورى الدولة العراقي رقم ٦٥ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

٦- قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٧- قانون المحكمة الاتحادية العليا رقم ٣٠ لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

٨- النظام الداخلي للمحكمة الاتحادية العليا رقم ١ لسنة ٢٠٠٥ النافذ .

ب-التشريعات الاجنبية :

١- قانون المحكمة الدستورية العليا المصرية رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ المعدل .

٢- قانون المحكمة المجري رقم ٣٢ لسنة ١٩٨٩ النافذ

٣- قانون محكمة التحكيم البلجيكية عام ١٩٨٩ النافذ .

٤- القانون الاساسي للمحكمة الدستورية الاسباني .

سابعا: المواقع الالكترونية:

١. خالد فتحي، حجية الاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية واثارها منشور على الموقع: scc.manseun.eg/

٢. الدغيثر، حجية السوابق القضائية، بحث منشور في مجلة العدل، العدد ٣٤ ومنشور على الموقع: http://www.alukah.net/

٣. عبد اللطيف القرني، المبادئ القضائية بين التغيير والتعديل، منشور على الموقع: http://www.sleat.com/

٤. عزيز جواد هادي، القوة الملزمة لقرارات محكمة التمييز الاتحادية، منشور على الموقع:www.lasj.net/

٥. عبد المجيد غميجة، مبدأ الامن القانوني وضرورة الامن القضائي، منشور على الموقع:www.ism.ma/

٦. الشيخ محمد بن محمد بن سعد، السوابق القضائية، منشور على الموقع: http://www.alukah.net/

٧. محمد منير الحسني، اليات عمل المجلس الدستوري لتحقيق الامن القانوني، منشور على الموقع manifest.univ.ouargla.dz/.

٨. موقع الامانة العامة لمجلس الوزراء العراقي
Cabinet.iq/ArticalShow.aspx?ID=4508
٩. http://legal_dictionary.thefreedictionary.com/
١٠. http://www.lectlaw.com/
١١. http://definitions.uslegal.com/
١٢. www.iraqja-iq/
١٣. http://p:llar.wikipedia.org/
١٤. http://www.law-zag.com/
١٥. Faculty.ksu.edu.sa/
١٦. Muqtafi2.birzeit.edu/
١٧. http://www1-umn-edu/human
١٨. http://www.turess.com/

ثامنا: المصادر الاجنبية:

1- Daniel J. Solove ,The darkest domain:deference judicial review and the bill of right -48 lowalaw review 941 ,1999.
2- Earl E. pollock, The supreme court and American democracy case studies on judicial review and public policy ,green wood press Connecticut.U.S.A.2009.
3- Frank H.Easter brook , stability and reliability in judicial decisions. 73 cornell L.rev.422 , 1988.
4- George Costello, the supreme courts overruling of constitutional precedent: An overview , crs ,report for congress.
5- Geoffery miller ,the true story of caroline product sup.cit review 1987.
6- John V. orth ,Judicial power of the united states – the eleventh amendment in American history , oxford university press ,new York, u.s.a. , 1987.

7- Michael J.Gerhardt ,The power of precedent ,Oxford University press , NewYork.U.S.A.2008.

8- Neil Duxbury ,the nature and the authority of precedent , Cambridge university press , new York , u.s.a. 2008.

9- Roderick m. hills jr. ,the pragmatists view of constitutional implementation and constitutional meaning , Harvard law review forum volum, 119 , 2006.

10- Francis delperee , cahiers du conseil constitutionnel n 20 (dossier: les revirements de jurisprudence du juge constitutionel) juin 2006